OPERE COMPLETE
DI
EMMANUELE DUNI
GIÀ
PROFESSORE DI GIURISPRUDENZA
NELLA UNIVERSITÀ ROMANA
ORA PER LA PRIMA VOLTA RIUNITE

SI AGGIUNGONO
LE OSSERVAZIONI
DI
GIANFRANCESCO FINETTI
LA VITA DELL'AUTORE
ED UN DISCORSO SULLE OPERE DEL MEDESIMO
E SULLO STATO DEGLI STUDI STORICI
PER CURA
DEL DOTT. ACHILLE GENNARELLI

Volume Quinto

ROMA
TIPOGRAFIA CAMERALE
1845

EMANUELIS DUNI I. C.

DE

VETERI AC NOVO IURE

CODICILLORUM

COMMENTARIUS

ATQUE DE SOLEMNI QUINQUE TESTIUM NUMERO IN CODICILLIS VEL TESTAMENTO CONFIRMATIS

ADVERSUS

IUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM

ACCEDIT

Contraria Boehmeri disputatio DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS, additis animadversionibus, quibus auctor suo quoquo loco notatur.

AD

BENEDICTUM XIV.

PONT. MAX.

ROMAE 1845
Ex typis Rev. Cam. Apost.

SUPERIORUM PERMISSU

BENEDICTO XIV.

PONT. OPT. MAX.

INGENII PRAESTANTIA ANIMI AEQUABILITATE
MORUM SANCTITATE
NULLI SECUNDO
BONIS ARTIBUS INSTITUTO
AD ELOQUENTIAM FACTO
DIVINI HUMANIQUE IURIS SCIENTIA
CONSUMMATISSIMO
PER QUEM
PROEMIO VIRTUTI ADDICTO
LITTERAE EXCITANTUR
PRISCA CHRISTIANAE PIETATIS DISCIPLINA
REVOCATA
MORES COMPONUNTUR
AEQUI RECTIQUE NORMA SUSTENTATUR

EMANUEL DUNIUS
SINGULARE HOCCE IURIS COMMENTARIUM
VENERABUNDUS
DICAT CONSECRATQUE

EMANUEL DUNIUS CL. AC ERUDITISSIMO
I. C. IOSEPHO PASCHALI CYRILLO
S.

Quod meum qualecumque opus, antequam ederem, ad te mittere ausim cl. vir, nolim putes id factum ostentationis causa, ut plerique solent, qui rerum suarum aestimatione elati nunquam quiescant, dum plausus vel ab invitis non captaverint. Etenim non is sum, qui nesciam, quanto in periculo versetur, qui vel quid minimum in scribendo aggrediatur, praesertim in iure civili interpretando, in quo utinam vel pauciores haberemus interpretes, vel saltem diligentiores. Ingenue fateor, ut vidi gravissimas difficultates, quae undique mihi offerebantur in elaborando commentario, quod proposueram, de iure codicillorum *eo rerum ordine, quem deprehendes, statim desiderare coepi iudicium alicuius probati viri, cuius consilio vel acquiescerem cogitationibus meis, vel admonitus continuo ab iis recederem; non enim incendor usque eo amore mei, ut aequis aliorum non commovear suasionibus. Igitur cogitanti mihi, cui magis rem meam iure credere possem, animo quidem occurrit nominis tui amplitudo. Et a quo magis, quam a te vir doctissime hoc rectius exspectandum licuerit? Qui sane prae ceteris politioribus litteris ea potissimum praestas universi iuris cognitione, ut non modo accademiae neapolitanae, sed et Italiae decus, ac ornamentum merito habearis. Hinc antequam commentarium meum vulgarem, nil rectius agere existimavi, quam te iterum, atque iterum rogare, ut ni graveris, tuam qualemcumque mihi velis de re mea aperire sententiam; nam facile gravissimo, eoque sapientissimo iudicio tuo fasces submitto, quum nec quicquam ratum mihi umquam habere crediderim, nisi quod tu una probaveris. Mitto quae pertinerent ad operis rationem ostendendam, ne te frustra teneam, quum alioqui ex eo ipso omnia cogno-*

veris; itemque intelliges, quemadmodum pro ingenii viribus studuerim rem omnem, quae codicillorum materiam spectabat, tum veteri iure proditam, tum novo, in sua quaeque iuris referre principia, ut ita consequentia, quae inde manarent, suum quoque fontem agnoscerent. Vale.

Dabam Romae VII. Kal. Aug. MDCCLII.

IOSEPHUS PASCHALIS CYRILLUS EMANUELI DUNIO I. C. S.

Est *sane diu, mi Duni, quum de veteri romanae iurisprudentiae dignitate multum decessit. Sub finem seculi XVII. atque initium huius, quod excurrit, ornando iure civili adlaboratum a Ger. Noodtio, A. Schultingio, Corn. Bynkershoekio, ac Ios. Averanio. Ex quo vero IIII viri isti iurisprudentiae restituendae commentari alia desierunt, dilabi ea rursus visa est. Sed ecce subsidio nunc venit tuus* de iure codicillorum *liber. Ego eum, ut mihi fuit abs te redditus cum elegantissimis literis tuis (casu autem redditus est tua, eiusque, qui reddidit, opinione serius) coepi legere diligenter, iamque ad extremam usque plagulam perlegi. Ex eo, mihi crede, non mediocrem voluptatem, atque adeo fructum cepi: quo nomine maximas tibi gratias ago, agamque, dum vivam. Quam ornate, Deus bone, quam composite, quam subtiliter omnia pertractantur! Iam quantum est illud, quod §. III. cap. I. fuse, et graviter disputas contra Boehmerum! Locus hic unus commentarioli tui est mihi tanti, ut immania quorumdam volumina, quae hoc tempore in deliciis sunt, non faciam tantidem. Ego de isto tam acri, tam subacto, tam praestanti ingenio tuo plurimum tibi gratulor, doctissime Duni. Sed per ingenium istud tuum te rogo, atque oro, ut porro pergas romanum ius excolere, uti occepisti. Manent te fortasse multa aliorum ingeniis intentata. Vale, mi Duni.*

Neap. VII. Kal. Septembr. MDCCLII.

Sed egone insalutato Centimano nostro, cui omnia officia debeo, epistolam obsignem? Illi tu salutem a me

plurimam. Expectat is meos de iure civili libros repetitae praelectionis. Nihil mihi longius, quam ut edantur; castigant enim illos meos male consutos commentarios in libros IV. Inst. iuvenile, ac poenitendum opus. Sed me aliud de alio impe lit in dies. Brevi tamen prodibunt. Accipies tu quoque, Duni, exemplar eorum, dum ne putes, velle me tibi parem gratiam referre.

Iterum vale.

INDEX

CAPITUM, AC §§. TOTIUS OPERIS.

CAPUT I.

CAPUT II.

DISPUTATIO CONSECTARIA

IUSTI HENNINGI BOEHMERI

CAPUT. I.

CAPUT. II.

DE

VETERI AC NOVO IURE CODICILLORUM

COMMENTARIUS

Atque de solemni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis adversus iustum Henningum Boehmerum.

Vetus est doctorum hominum querela, quod quum romani iuris doctrina ex interpretum barbarie, in quam iampridem turpiter offenderat, vindicari paulatim coeperit ope elegantiorum artium ab sublimioribus ingeniis, inque suam veluti nativam restitui sedem, in foro tamen adducta adeo perturbate contrectetur inter tabularum sordes; ut quae Romanorum iurisprudentia quum maiestate sua, tum praestantia, ac gravitate sententiarum imperaverat universis, non raro cogatur alienis magis servire deliriis, atque commentis. Huius perturbationis causam qui serio investigaverit, partim tribuet scriptorum imperitiae, quibus enim datum non erat in iuris civilis sapientiam penetrare, facile fuit ita recedere ab genuinis legum sententiis, ut vocem veterum iurisconsultorum aut adulterarentur, aut penitus corrumperent; partim vitiosae argumentandi rationi petitae ex futili, foedaque Arabum dialectica, atque in forum invecta: quam sane ut primum acceperant ex schola Bartolina, aliisque Bartolo aequalibus, eo deinde adduxere, ut totam fere iuris doctrinam referrent verborum captionibus, fallacibusque argutiis. Ac sane nil magis in iuris doctrina perniciosius, quam perturbatus dia-

lectices usus; hinc Cicero (a) non aliam ob causam in iuris arte anteponit Servium Sulpicium Q. Scevolae alioqui iuris peritissimo, nisi quod ille dialectica ceteris praestaret: *Sic enim*, ait, *inquam Brute existimo, iuris civilis magnum usum, et apud Scaevolam, et apud multos fuisse; artem in hoc uno* (nempe Sulpicio): *quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret, rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando: ambiguam primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur, et quae quibus propositis essent, quaeque non essent consequentia.* His quoque accessit ipsamet pragmaticorum insolentia, qui, ne propriam turpitudinem ultro faterentur, haud dubitarunt crimini vertere, quicquid minus intelligerent; atque vel extenuarunt legum auctoritatem, eam nempe causam praetendentes, quod plurima in desuetudinem abierint, nec nostris moribus accommodentur; vel notarunt eruditiores interpretes veluti observatores subtilioris doctrinae, nimiumque cupidos rerum obsoletarum, quae tamen aliena viderentur a quotidiano usu forensi. Hinc factum, ut iuris civilis ratio in diversas quodammodo abiret partes; etenim qui operam omnem impenderant in perscrutanda intima legum potestate, vix impetrarunt, ne sibi tantum canerent, et musis, ut suam saltem profiterentur doctrinam intra accademiarum fines; ceteri vero, qui forum undique occuparunt, neglecta fere legum auctoritate, novam sibi quamdam iuris artem composuerunt, conflatam magis ex indigestis, tumultuariisque scriptorum opinionibus; quibus haerentes respuunt pene omnia, quae afferantur ex sanctiori iurisprudentia, praesertim si adversentur doctorum suorum consiliis. Quod si scriptores inter sese dissenserint, ut saepe sit, definitionem magis expectant ab amplio-

(a) In Bruto.

ri eorum numero, quam ut ad legum fontes recurrant; quasi periculosum sit vel inter vulgaria dissidia limpidam legis sententiam anteponere.

Verum ea est rerum conditio, ut quum semel a recta via aberremus, ubi tandem pervenerimus, unde progredi amplius non permittatur, tum meminisse cogimur erroris nostri; atque non prius mentem in illam convertere cogitamus, nisi res ipsa monuerit. Enim vero utcumque romani iuris maiestas oppressa iamdiu detineretur inter forenses ineptias, attamen quum longo temporis cursu adeo excreverit doctorum turba, varietasque opinionum, ut universa fere iuris doctrina in disceptationem adducta nec amplius distingueretur quid magis sequendum sit, quidve respuendum (nam vel absurdiora suos agnoscunt fautores) multoque minus liceret modum quodammodo imponere huiusmodi tam perturbatis dissentionibus: res plane veluti in desperationem redacta effecit, ut nostra aetate ubique iam cogitari coeperit de restituenda iuris arte in pristinam eius sanctimoniam, eoque aliquando redire, unde forum inconsulte discesserat. Experientia enim compertum est, ut quo maiori studio forenses scriptores hactenus elaborarint in transcribendis, colligendisque ieiunis pragmaticorum sententiis, eo implicatior factus sit earum usus: utpote quae avulsae a suis principiis, nec sibimet constare possunt, nec regulas umquam constituent, ad quas referri commode valeat varietas quotidianarum quaestionum. Itaque in tanta opinionum confusione rectius facere existimant doctissimi nostri causarum patroni, quum neglectis pragmaticorum figmentis non raro confugiant ad sincera iuris principia, quae nec amplius abhorrent; quin quotidie tentare conantur, ut res forensis in meliorem viam remittatur. Quod etsi nequeat obtineri uno virium impetu, cui quidem resistit tum vetustissima contraria consuetudo, tum imperitorum perfidia, haud tamen animum demittunt; sed paulatim si non aperta, demissa saltem voce pro-

mere student solidiora, ut ita re sensim procedente nova aliquando reddatur vita iurisprudentiae forensis.

Haec autem iuris restauratio, quae nostro aevo summa cum laude excitari coepit vel in forensibus controversiis, quo plurimum utilitatis afferre potest, eo maioribus subest difficultatibus quantum ad rectum illius usum. Etenim plura sunt, quae non ita facili negotio expleri possunt; sive exprimenda sit mens genuina veterum iurisconsultorum, sive committenda veteris iuris observatio cum novis imperatorum decretis; sive denique perducenda veterum instituta ad nostros mores: quod sane nec temere, nec sine seria meditatione habebitur, ac potissimum sine purioris dialectices usu. Falso quidem sibi persuaserint, qui vel nuda iuris romani lectione, vel non perfecta varia iurisprudentiae aetate, variisque proinde eius principiis, vel minime informati cultioribus litteris, accesserint ad legum interpretationem, quum romanae leges non fuerint e trivio sumtae, sed ductae ex honestate naturae, atque educatae inter abstrusiores philosophiae contemplationes, formam veluti receperunt ab universa romanorum sapientia. Atque nihil magis hodie verendum videtur, quam ubi vitare studeant falsa pragmaticorum dogmata, in sua incidant, eaque absurdiora, quae tamen nata ex corrupta legum interpretatione, saepissime non tam doctoribus, quam legibus ipsis tribuuntur; quasi impune liceat errorem suum legum sententiis adscribere.

Atque huc, ni fallor, referre crediderim speciosam quamdam disputationem editam a Iusto Henningo Boehmero *de codicillis sine testibus validis*; quamque novissimo loco refutandam suscepimus. Is quidem alioqui eruditissimus, at leviter fortasse versatus in iure civili, ut falsam assertionem, quam sumit, legum sententiis tueretur, saepe corrumpit sinceram illarum intelligentiam; quin verbis magis insistens, quam rebus, nova quaedam protulit iuris principia, ut non modo in proposita quaestione turpiter tandem cogatur cum pragmaticorum deliramentis ineptire, sed repetita codicil-

lorum doctrina a veteri iure, quum nec recte, nec satis attigisset differentiam inter ius vetus, ac novum, utriusque rationem necessario pervertit; indeque carpit, quod ad rem suam conducat. Summa quidem quaestionis a Boehmero excitatae ita se habet: Quoniam ex vulgata constitutione, quae prostat in l. ult. §. ult. c. de codicilliis statuitur solemnis numerus quinque testium in quavis suprema voluntate praeter testamentum, credidit Boehmerus, hanc imperatoris legem non ita generalem esse, ut transferri possit ad cuiusvis generis codicillos. Distinguit porro codicillos testamento confirmatos, puta si testator ita caverit testamento: *quos codicillos, sive schedulas* (ut vulgo appellant) *scripsi, vel scripsero, vel reliquero, ratos esse volo tamquam testamenti partes*: a ceteris, quorum nulla habeatur mentio in testamento; in his quidem admittit numerum quinque testium; in illis vero haud necessariam putat huiusmodi testium adhibitionem; propterea quod ob eorum confirmationem in testamento habitam (quam tamen pragmatici appellarunt *voluntatis declarationem per relationem ad schedulam*) satis consultum sit illorum solemnitati; quum ipsa testamenti solemnitas ad codicillos referatur.

Ut autem vidi hanc Boehmeri disputationem, etsi principio statueram quaestioni tantummodo incumbere, quum nil magis absonum dici possit, quam ut solemnitas unius scripturae ad alteram transferretur, nec magis alienum ab imperatoris consilio, quam excipere codicillos testamento confirmatos a generali eius sanctione de solemni quinque testium numero, nihilominus quum animadverterim operis progressu, rem integre confici non posse, nisi quaedam necessario repeterentur a primaeva codicillorum natura, tum a nova eorum indole praescripta ab imperatoribus Iustiniano proximioribus, praesertim ut ita rectius convellerentur Boehmeri argumentationes, immutato consilio rem omnem duxi aggrediendam, quae ad codicillorum materiam pertineret, atque pro ingenii viribus absolu-

tam pertractationem instituere de iure codicillorum tum veteri, tum novo. Quod postquam expediverim, faciliori via ingredi liceat quaestionem peculiarem Boehmeri, quae sane ipsam codicillorum rationem consequitur. Plane inter tot praestantissimos iurisconsultos, qui ius civile explicarunt, neminem adhuc deprehendi, qui codicillorum materiam plenius, absoluteque complectatur; quum potissimum satis habuerint attingere, quod Iustinianus prodidit in suis institutionibus. Vel ipse summus Cuiacius, qui unus omnia fere docuit, pauca quidem monuit de iure codicillorum, nec satis distincta; ut haud inutile putaverim pro varia eaque sparsim disseminata codicillorum doctrina tum in mutilis veterum iurisconsultorum libris, quos Tribonianus nobis reliquit, tum in codicibus imperialibus commentarium conficere, quo simul ius vetus, ac novum omnino cognosceremus. Quo sane vertitur potissima Boehemeri hallucinatio; quum in proposita disputatione, quae ius novum spectaverat, probationes petierit ex pandectarum libris, quasi veterum sententiae intendere potuerint in posteriores leges. Quare, ne pluribus immorer, rem omnem hoc ordine expediam: Primo sermonem habebimus de iure codicillorum ab Augusti aetate, quum primum eorum ius invaluit ad Constantini Magni usque tempora; qua aetate una fere, eademque iuris ratio in illis statui potest. Tum videbimus quidquid immutatum fuerit ab imperatoribus ab Constantini aevo ad collectionem iustinianeam, quod sane ad ius novum retulimus; quo pacto perspiciemus quid antiquatum sit, quidve manserit ex veteri iure, quod cum novo recte conveniat. Quibus expositis Boehmeri sententiam insectabimur; ibique nedum expendemus eius argumenta, sed una complectemur quicquid hac de re senserint tum iuris interpretes, tum schola forensis; quin nec pigebit descendere ad ea, quae moribus recepta sunt, quod profecto percipiemus ex receptis sententiis, quas comprobarint praecipui Italiae

senatus, potissimum sacra rota romana suis quotidianis decretis. Ne autem lectores fraudentur ipsamet Boehmeri voce ultimo loco eius quoque disputationem hic adiungendam duximus; praesertim quum haec edita non reperiatur inter cetera eius scripta: cui tamen adnotationes adiecimus, quibus suo quoquo loco auctor notatur.

CAPUT I.

De iure codicillorum ab Augusto ad Constantini Magni aetatem.

I. Codicillorum nomen a *codicibus*, sive *caudicibus* ductum est, veluti parvi codices (a). *Caudex* autem, et exinde *codex*, qui latine proprie lignum significat, pro tabulis simul iunctis accipiebatur. Ita Nonius (b): *Quod antiqui plures tabulas coniunctas codices dicebant; a quo in Tiberi naves cadicarias appellamus.* Quum autem veteres in tabulis scribere consuevissent, hinc factum, ut tabulae simul iunctae ad scriptionis usum accomodatae *codicis* quoque vocem retinerent. Ait Seneca (c): *Plurium tabularum contextus caudex apud antiquos vacabatur; et naves nunc quaque, quae ex antiqua consuetudine per Tiberim commeatus subvehunt, caudicariae vocantur. Tabula* vere apud latinos, ut sentit omnigena eruditione cl. Alexius Symmachus Mazochius (d) *laminam significat ex quavis materia tum dura, ut ex marmore, metallo, ebore, ligno; tum molliore, ut ex papyro, membrana, rebus aliis.* Quo sane spectat Ulpiani sententia (e): *tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram* (id est speciem). *Sive igitur tabulae sint ligneae, sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae, sive membranae sint, vel si e cario alicuius animalis, tabulae re-*

(a) Hotom. 4. obser. 1.

(b) Ex Varronis libro 3. de vita pop. rom.

(c) De brevitate vitae cap. 13.

(d) Epist. ad eminentissimum Quirinum de dypticho Quiriniano, et Brixiano.

(e) L. 1. de bonor. posses. sec. tab.

cte dicentur, Et Paulus (a) : *Tabularum autem appellatione chartae quoque, et membranae continentur.* Martialis etiam mentionem habet tabellae membranaceae; quo perspicuum sit, ut strata omnia ad signandas literas idonea cuiusvis materiae essent, sive durioris, sive mollioris, *tabularum*, vel *tabellarum* nomine veteres significarent. Quamquam autem *codices* ex tabulis simul iunctis conficerentur, uti et *volumina*, distinguebantur tamen *codices* a *voluminibus*, ut arbitratur idem Mazochius (b), quoad modum, quo tabulae variae digestae erant, atque ordinatae; nam liber in cylindri modum convolutus *volumen* proprie dicebatur, quum nempe *plagulae sive schedae una deinceps post aliam in unam superficiem oblongam invicem adglutinatae, postremo in scapum convolverentur, ut teres volumen existeret.* Codex vero conficiebatur instar librorum, quibus hodie utimur; ita ut *paginae ex una parte in uno communi cardine simul iunctae, ex altera solutae, aperiri, ac rursum plicari possent.* Quae *codicis*, ac *voluminis* differentia luculenter comprobatur ex Paulo (c), et Ulpiano (d).

(a) Recept. senten. lib. 4. tit. 7. §. 6.

(b) Loc. cit.

(c) Recept. sent. lib. 3. tit. 6. §. 87. *Libris legatis, chartae, volumina, vel membranae et philurae continentur. Codices quoque debentur, librorum enim appellatione non volumina chartarum, sed scripturae modus, qui certo fine concluditur, aestimatur.*

(d) L. 52. de legatis 3. *Librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint, sive in quavis alia materia. Sed et si in philura, et in tilia (ut nonnulli conficiunt) idem erit dicendum. Quod si in codicibus sit membraneis, vel chartaceis, vel etiam eboreis, vel alterius materiae, vel in ceratis codicillis, an debeantur legata videamus? Et Caius Cassius scribit deberi et membranas libris legatis: consequenter igitur cetera quoque debebuntur.*

II. Perspecta codicis significatione tum quoad variam tabularum materiam, tum quoad modum, quo tabulae simul iungerentur, facile *codicillorum* quoque formam intelligimus, qui parvi codices erant. Codices quidem componebantur tabulis grandioribus; codicilli vero brevioribus, atque paucioribus. Itaque tabellae in codicis modum compactae, quae tamen ceratae erant, ac stylo exarabantur, codicilli proprie dicti sunt; atque hinc Ulpianus (a) codicillos *ceratos* nominavit; quemadmodum tabellae ceratae, quae ad pugillum essent, ac pugillo tractarentur, *pugillares* appellatae sunt. Huiusmodi autem tabellae ceratae, sive codicilli tum quod deletitiae erant, tum quod ad scriptionis usum promptiores haberentur tabellis membranaceis, vel papyraceis, quae et atramenti, aut rubricae, et calami exigunt ministerium, adhibebantur idcirco, vel quum quid considerate scribi oporteret, quod postea mundum redderetur ab amanuensi; vel in re subita, ubi charta, et atramentum deesset (b). Quo spectat illud Ciceronis(c): *Accubueram hora nona; quum ad te harum exemplum in codicillis exaravi*: scripserat quidem ipsemet prius in codicillis, sive in tabellis ceratis illius epistolae exemplum, quod mundum deinde de more misit. Interdum et ipsi codicilli mittebantur; quum praesertim properato opus esset. Ita Sulpicius (d): *Quum non longe a Piraeo abessem, puer Acidini mihi obviam venit cum codicillis, in quibus erat scriptum, paulo ante lucem Marcellum diem suum obiisse*; in re enim tam subita, quod de Marcelli morte nuntiaretur, ipsi codicilli missi sunt. Et Cicero (e): *simul accepi a Seleu-*

(a) Cit. l. 52. de legatis 3.
(b) Aldus Manutius de quaesitis per epistolam ad Muretum, et Mazzochius loc. cit.
(c) Lib. 9. epist. famil. ult.
(d) Ex Tullio 4. epist. famil. 12.
(e) 6. epist. famil. 18.

co *tuas litteras*, *STATIM quaesivi a Balbo per codicillos*, *quid esset in lege*. Itaque vel quum subitanea res urgeret, vel quum commodo magis esset uti tabellis ceratis ad scriptionem, quicquid his scribebatur, codicillorum nomine veteres appellabant. Hinc Seneca (a) codicillos quoque vocat eas epistolas, quae fiunt inter praesentes; propterea quod tabellis ceratis scriberentur: *Video te*, *mi Lucili*, *quum maxime audio*, *adeo tecum sum*, *ut dubitem*, *an incipiam non epistolas*, *sed codicillos tibi scribere*. Quare egregie hic fallitur Boehmerus (b), quum voluit, idem prorsus fuisse apud latinos epistolas, ac codicillos; propterea quod promiscue quandoque usurpaverint vocem vel epistolarum, vel codicillorum; hoc enim omnino falsum est, sed quicquid stylo exarabatur in tabellis ceratis, sive epistolam contineret, sive orationes, sive poemata, sive quid aliud, codicilli aeque semper dicebantur, habita ratione non ipsius operis, sed tum materiae, in qua scribebatur, tum modi, quo tabellae simul iungerentur. Hinc Plinius (c) codicillos quoque appellat argumenta, vel exemplaria orationis, quae interdum domi mittebantur auditoribus, vel in ipsis auditoriis distribuerentur (d). Nec mirum, quod epistolas veteres quandoque codicil-

---

(a) Epist. 55.

(b) Cap. 1. suae disputationis §. 3. et seq.

(c) Lib. 3. epist. 18. *Cepi non mediocrem voluptatem*, *quod hunc librum cum amicis recitare voluissem non per codicillos*, *non per libellos*; *sed si commodum esset*, *et si valde vacaret*, *admoniti . . . convenerunt*.

(d) Bernardinus Ferrarius lib. 3. de veterum acclamationibus, et plausu, cap. 3. *Libelli porro isti*, *et codicilli aliud nihil erat*, *ut ego quidem arbitror*, *quam orationis*, *aut recitationis habendae*, *vel argumenta*, *vel exemplaria auditoribus domi interdum*, *interdum in auditoriis ipsis distributa*.

los appellarint; quum enim ipsi codicilli mitterentur, tum epistolarum nomen adsciverant ea de caussa, quod epistola scripta erat in huiusmodi tabellis; at falso inde conficies, aliud non fuisse codicillos, quam epistolas, quasi codicillorum nomen ad epistolas tantummodo referretur; quum contra quicquid scriptum esset in tabulis ceratis, aeque codicilli dicebantur. Qua eadem ratione principum diplomata posterior aetas codicillos quoque appellavit (a). Hactenus de latina codicillorum significatione.

III. Iurisconsulti vero codicillorum nomen accommodarunt ei supremae hominis voluntati, sive is testatus, sive intestatus decedat, cui ad differentiam testamenti iuris desint solemnia. Huiusmodi autem voluntas quum principio perscriberetur in tabellis ceratis, tamquam expeditioribus in re subita, potissimum ipsa testatoris manu, ne ulli pateret, merito codicillorum nomine donata est. Quemadmodum solemnes testamenti tabulas Ulpianus (b) codices appellavit, quod scriberentur in tabulis grandioribus; hinc Iuvenalis (c),

. . . . nam codice saevo
Heredes vetat esse suos . . .

Et quidem in testamentis necessario adhibebantur tabulae grandiores, quod plurima capita continebant, testiumque subscriptiones adesse oporteret. At codicilli brevioribus, paucioribusque conficiebantur tabellis eam nempe ob causam, ut recte arbitratur Hotomanus (d), *ut facile quo cuique commodum esset, circumferri, et in sinu gestari possent.* Iurisconsulti igitur ut distinguerent solemnem testatoris voluntatem a minus

---

(a) Inst. lib. 2. tit. 12. §. 4. l. 41. de excusationibus etc. et l. 1. C. ut omnes iudices etc.
(b) L. 1. §. 6. de bon. posses. sec. tab.
(c) Sat. 10. ver. 236.
(d) Inst. lib. 2. tit. ult. de codicillis.

solemni, codicillos hanc dixere plurativo numero, teste Caio (a), retenta nimirum vocabuli originatione; quamquam et singulari numero codicillum interdum legimus usurpatum maioris demonstrationis causa (b).

§. I.

Origo Codicillorum.

I. Quae testandi potestas apud Romanos populi primum auctoritate comprobata, tum iure XII. tabularum cuique patrifamilias concessa est, ea profecto non secus iure admittebatur, ac si certo, solemnique ritu omnino celebraretur: qua de causa suprema testatoris iudicia *iustam sententiam* (c), sive *iustam contestationem* (d) iurisconsulti dixere. Et quamquam vel ritu quodammodo commutato, vel nimia iuris subtilitate paulatim senescente praetoris praesertim beneficio facilior deinde praeberetur civibus testandi ratio, haec tamen ad Augusti aetatem numquam iuris caruit solemnibus, suamque constanter retinuit solemnem formam; ne aliter in leges offenderetur. Primus autem Augustus insignem quidem immutationem ab veteri observatione invexit in re testamentaria. Etenim eo auctore introduci coepit et ius codicillorum, quod prorsus erat ignotum, atque necessaria fideicommissorum praestatio, quae prius haeredis tantum pendebat arbitrio. Quae duo summa capita fuere, ut veteribus re-

---

(a) L. 48. de verb. signif. *Haec enim enunciatio habet liberos, non habet liberos semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares, et codicilli.*

(b) L. 38. de conditionib. et demonstr. l. 19. de iure codicillorum, et l. 14. C. de testamentis.

(c) L. 1. qui testamenta facere possunt.

(d) Ulpianus 20. §. 1.

gulis quodammodo conturbatis nova veluti hac in re prodiret iurisprudentia, sive spectemus fideicommissorum rationem, quae vel nuda testatoris voluntate constabant (a); sive codicillorum, qui re quidem ipsa novam testandi formam praebuere. Originem autem codicillorum ita exponit Iustinianus (b). Quidam Lentulus in Africa decedens codicillos reliquerat testamento confirmatos, in quibus ab Augusto quid per fideicommissum petiit, itemque a filia cohaerede quaedam legata reliquit. Placuit autem Augusto Lentuli potius voluntatem sequi, quam legis rigorem; atque agnoscens fideicommissum in codicillis relictum, exemplo fuit, ut et Lentuli filia legata quoque praestaret. Tum prudentibus convocatis in consilium eos adhibuit Augustus, ut cognoscerent, an codicillorum usus admitti posset; quos inter Trebatium fertur, summae tum auctoritatis, eatenus eos adprobasse, *quod diceret utilissimum, et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes; ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset.* Primum quidem, ut recte putat Hotomanus (c), civibus tantum extra Italiam degentibus permitti coepit haec nova testandi ratio. Etenim quum iis non facile praeberetur sufficientium testium copia, qui cives romani omnino esse debebant in testamentorum confectione, aequius idcirco existimavit Trebatius, si per codicillos saltem possent suam declarare voluntatem sine iuris solemnibus. Durum quidem videbatur tot meritissimos cives vel intestatos pati morituros, vel testamento facto ob testium inopiam non valere quid addere, vel immutare in supremo vitae momento. Haud dissimilem video aequitatis rationem, quum antiquato testamento-

(a) Ulpianus tit. 25. §. 1.
(b) Inst. lib. 2. tit. ult.
(c) Inst. loco cit.

rum usu in comitiis, concederetur tandem iure decemvirali libera cuique testandi facultas, ut magis placuerit. Quum enim saepe fieret, ut vel morbo correpti, antequam comitia haberentur, intestati decederent, vel semel in comitiis testati prius mortem obire cogerentur, quam ut novissimam promere possent voluntatem ob comitiorum raritatem; aequa ratio suasit, ut excussa comitiorum necessitate, quo magis vellent, sua conderent testamenta.

II. Verum res parvis fortasse ducta principiis, ut solet, paulatim undequaque propagari coepisse credibile est; atque utcumque principio ius codicillorum civibus tantum praeberetur peregrinantibus, vix stetit, quin ad ceteros postmodum cives perduceretur vel in urbe commorantes. Huc sane spectare existimaverim illa Iustiniani verba: *post quae tempora quum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.* Plane ante Labeonis codicillos adhuc vacillabat in Urbe praesertim eorum usus; quum revera causa non esset, cur recederetur ab iuris observatione, ubi non deerat testium copia, iuxta Trebatii sententiam; ac propterea qui maiorum institutis haerebant, non facile eorum introductionem patiebantur. Sed postquam Labeo codicillos scripsisset, tanti Iurisconsulti auctoritas eo valuit, ut illius exemplo nemo amplius auderet de optimo codicillorum iure dubitare. Is sane fuit Antistius Labeo Trebatii discipulus, atque princeps sectae Proculianae; qui non tam perseverabat in ea, quae sibi tradita fuerant, sed, ut inquit Pomponius, (a) *ingenii qualitate, et fiducia doctrinae plurima innovare instituit.* Quare quemadmodum Augusti exemplum effecerat, ut codicillorum ius introduceretur saltem pro civibus, qui procul ab urbe vagarent: ita postea summa Labeonis auctoritate cunctis

(d) L. 2. §. 47. de origine iuris.

omnino patuit illorum usus, qui proinde versus est in assiduam iurisdictionem.

III. Recepto igitur codicillorum iure apud Romanos opera praesertim iurisconsultorum, qui et suasionibus, et exemplo illos commendaverant, oportebat eorum quoque sapientia, atque consilio certas praescribi iuris regulas, certamque normam, intra quarum fines regerentur; sive propriam iuris rationem constitui, qua eos ita tuerentur, ut tamen in leges aperte non offenderent, ne novi iuris introductione in re testamentaria vetus laederetur observatio, legesque moribus abrogari viderentur; quod sane Romanorum religio non patiebatur. Hinc manavit quoddam peculiare ius codicillorum ex iurisconsultorum doctrina potissimum profectum, quodque veluti per manus tradebatur (a), suisque scriptis iurisconsulti attigerunt; quin Paulus librum singularem conscripsit de iure codicillorum, ut apparet ex quarumdam legum inscriptione, quas Tribonianus retulit in pandectis (b). Stetit autem diu hoc ius sub iisdem fere regulis usque ad Constantini magni aetatem: quum tandem tum testamentorum, tum codicillorum ratio coepit quodammodo variare ab veteri observatione. Et quamquam Tribonianus in pandectarum collectione plura reliquerit ex veterum iurisconsultorum sententiis, licet non integra, ac mutila: quicquid tamen undique colligere licuit, unum in locum hic conferre duximus, ut ita deprehendamus variam codicillorum aetatem, variasque proinde iuris regulas. Quod, ut servato ordine pertractetur, primum est, ut videamus ea rerum capita, quae generaliora sunt, quibusque veluti communibus cuiusvis generis codicillis confertur, vel distinguitur eorum ratio ab iure testamentorum; deinde gradum faciemus ad peculiares codicillorum modos, quibus inter se se discriminantur.

(a) Vide l. 10. de iure codicillorum.
(b) Vide inscriptionem legis 8. de iure codicillorum.

§. II.

Quae fuerit codicillorum norma; ac quemadmodum a testamentorum ratione distinguatur.

I. Placuit Graecis interpretibus describere codicillos tamquam *testamenti supplementum* (a), *aut correctio* (b); propterea quod testatores vel corrigunt, vel supplent in codicillis quod in testamento caverant, vel omiserint. Vitiosa quidem est huiusmodi descriptio; quum in codicillis ab intestato nec corrigatur, nec suppleatur testamentum. Rectius Cuiacius definit (c): *codicillus est testati, vel intestati voluntas minus solemnis*; quicquid enim morientibus permittebatur relinquere sine ulla solemnitate, id veteres ad codicillorum naturam referebant, sive testati, sive intestati decessissent. Ne autem huiusmodi non solemnis voluntas cum testamentis confunderetur, iurisconsulti adscripserunt generaliter omnibus codicillis quasdam communes leges, certosque fines, quos praetergredi non liceret; ut ita distingueretur ius codicillorum a solemnis testamenti ratione (d); nam alioqui *si idem*, inquit Costantinus (e), *codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset?* Testamenta porro ex lege, codicilli vero ex moribus descenderant; ac proinde fieri non poterat, quin lex laederetur, si

---

(a) Theophilus inst. lib. 2. tit. 25. de codicillis; et in Basilicorum lib. 36. tit. 1.

(b) Harmenopulus lib. 5. tit. 7. §. 3.

(c) Tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de iure codicillorum.

(d) Iustinianus inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.

(e) L. 7. C. de codicillis.

quod potissimum testamenti caussam efficit, tribueretur quoque codicillis.

II. Quoniam autem praecipua testamentorum ratio versatur in hereditatis datione, quae tribus tantummodo verbis explicata, ut monet Ulpianus (a), satis est, ut testamentum iure habeatur, non immerito id negatum est codicillis. Tradita ergo est prima iuris regula, hereditatem nempe codicillis neque dari, neque adimi posse tum in primo, tum ulteriori institutionis gradu (b); quum eadem sit caussa donationis ac ademtionis, tum quoad institutos, tum substitutos (c). Addit hic Papinianus alteram rationem, qua hujusmodi datio, et ademtio hereditatis codicillis vetabatur: quae tamen spectat eos dumtaxat codicillos, qui testamento facto conficiuntur: *ne*, ut inquit (d), *per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur.* Pendet haec Papiniani sententia ab illo iuris principio, quod codicilli ad testamentum facti considerarentur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento caperent, quod tamen latius infra apparebit. Hoc admisso absurdum videbatur Papiniano, permissa hereditatis datione in codicillis, testamentum ipsum quasi per codicillos confirmari; quum alioqui testamenta consistant per heredis institutionem (e). His consequens est, nec exheredationem codicillis scribi posse (f). Etenim *inter cetera*, ut inquit Caius (g), *quae ad ordinanda testa-*

(a) L. 1. §. 3. de heredibus instituendis.

(b) Inst. loc. cit. l. 76. ad S. C. Trebell. L. 12. de iure codicillorum.

(c) L. 27. §. 1. de conditionibus institutionum.

(d) Cit. l. 10. de iure codicill.

(e) Vide Cuiacium lib. 15. quaestionum Papiniani ad cit. l. 10. de iure codicil.

(f) Inst. loco cit.

(g) L. 30. de liberis, et postumis etc.

menta necessario desiderantur, ***PRINCIPALE*** *ius est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis*; ac propterea quum in persona liberorum aeque cadat vel institutio, vel exheredatio, par idcirco in utraque iuris ratio consideratur. Demum, quod ex eodem fluit principio, nec conditio adiici potest in codicillis institutioni pure datae in testamento (a). Plane conditionis adiectio naturam sequitur dationis ac ademtionis hereditatis; atque, ut eleganter ait Modestinus (b), qui conditionem institutioni adiicit, is certe *in defectu conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur*; datio enim hereditatis sub conditione necessario ademtionem quoque continere videtur. Haec quidem in codicillis paganorum; militibus vero, quibus extra iuris regulas concessum est testari, quomodo magis velint ac possint (c), quicquid ceteris permittitur dumtaxat in testamento solemni, id placuit omnino remitti; ita ut milites recte dare, vel adimere possint hereditatem tum in testamentis, tum in codicillis (d).

III. Verum quod hactenus ex iuris civilis rigore codicillis veteres negarunt, ne testamentorum leges subverterentur, admissa tamen Augusti quoque auctoritate necessaria fideicommissorum praestatione, quae antea sola heredis fide constabant, factum est propterea, ut quod codicillis una via vetabatur, altera concederetur. Ac sane quum fideicommissa non ex legibus, sed ex moribus quoque profecta, rigorem idcirco iuris civilis non sequerentur, satius putarunt iurisconsulti, si quod iuris rigori repugnaret, in fideicommissi caussam conversum admitterent: et ita, ut principio innuimus, res testamentaria partim codicillorum introductione, partim obducta benigna fideicommissorum ra-

(a) L. 6. de iure codicill.
(b) L. 27. §. 1. de conditionibus instit.
(c) L. 24. et 40. de testamento militis
(d) L. 36. eodem.

tione non parum declinavit Augusti aetate a veteris iuris observatione sine expressa legum offensione. Hinc constituta summa discriminis caussa inter ea, quae verbis directis, sive civilibus relinquerentur, ac precativis, sive fideicommissariis; quae datio, et ademtio hereditatis verbis civilibus concepta iure codicillis negabatur, eadem permissa est verbis precativis relicta, sive per fideicommissum, ideoque ita rescripsit Imperator Philippus (a): *Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse manifestum est. Verbis tamen precariis per huiusmodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem, quam testamento fueras consequuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est.* Neque hoc invadere testamentorum leges videbatur: quum enim fideicommissa haberentur tamquam extra iuris civilis rigorem, nec hereditatis datio iure civili permittebatur, nisi verbis civilibus ac imperativis, modum quidem excogitarunt, quo legibus, moribusque una servirent. Qui ergo lege testari vellet, is profecto cogebatur imperativo modo hereditatem dare, vel adimere in solemni testamento, qui vero moribus, satis erat precative eam relinquere vel in codicillis; ut ita, dum mores sequerentur, in legem non offenderent. Et quamquam diversa formularum conceptione idem prorsus videretur codicillis negari, atque permitti, hoc nihilominus intererat, ut quarta detraheretur in fideicommissaria hereditate, non autem in directa; idcirco ait Iulianus (b): *Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari: sed ex fideicommisso petitur, salva ratione legis Falcidiae.* Suavis autem est Boehmerus (c),

(a) L. 2. c. de codicillis.
(b) L. 2. §. ult. de iure codicillorum.
(c) Cap. 1. suae disp. §. 11.

quum ideo credit in codicillis admissam hereditates dationem per fideicommissum, non item directam; quod codicilli epistolarum more conficerentur. Qui autem epistolas scribit, rogat, non praecipit; indeque natum arbitratur, ut non nisi per fideicommissum hereditates codicillis relinquerentur; quia revera hi conciperentur epistolarum more magis precativo, quam imperativo. Quid putidius tanto viro excidere poterat? Quid quaeso iuris ratio cum epistolis commune habet? An rhetores, epistolasque scribendi praeceptores romano umquam iuri praefuerint? Falso quidem arbitratur, ut vidimus, quum unam fecit codicillorum, ac epistolarum rationem; sed turpiter decipitur, quum caussam fideicommissariae hereditatis in codicillis agnoscit ab epistolarum forma. Legata quidem directis verbis concipiebantur, eaque codicillis relicta iure constabant; cur ergo valerent codicilli in legatorum datione verbis imperativis concepti? Quonam pacto legata cum epistolarum more convenient? An legare idem fuerit, ac precari? Sed haec latius infra.

IV. Altera iuris regula, qua codicillorum ratio a testamentis distinguitur, ita se habet: ius civile non patitur quem decedere pluribus testamentis relictis, licet plura exempla, sive codices unius testamenti recte scribantur (a): prius enim testamentum rumpitur per posterius (b), ita ut novissimum priora subvertat. Quicquid autem Heineccio (c) placuerit, id nimirum processisse ex testamentorum origine, quae in comitiis legis modo iuberentur, ac proinde ut novissima lex priores abrogat, ita ultimum testamentum rumpit anteriora, quod e re alienum putaverim, solidam sane hoc habet iuris rationem. Etenim testamentum universam complectitur successionem, quae una idcirco esse potest; ac

---

(a) L. 24. qui testamenta facere possunt.
(b) L. 1. de iniusto. rupto, irrito facto testamento.
(c) In notis ad Vinnium inst. lib. 2. tit. 17. §. 2.

propterea idem esset decedere pluribus testamentis, ac pluribus successionibus, ut nil mirum, si in militibus tantummodo plura testamenta admittantur (a); quippe quibus concessum est, quoque decedere partim testatos, partim intestatos quo fit, ut conditis pluribus testamentis, novissimum attendatur, tamquam suprema hominis voluntas. Contra vero quum codicilli haud exhibeant universum ius defuncti, sed aliquam eius partem, placuit idcirco ad testamenti differentiam, quem pluribus codicillis decedere posse (b), omnesque rati habebuntur, nec prius rumpitur per posterius, nisi per posteriores quid immutari placuerit, vel priores revocentur, quum nova voluntate priori derogetur (c).

V. Demum testamentum actu solemni perficitur, sive ius civile, sive praetorium spectes, neque sine iuris solemnibus consistere potest, praeter quam in militibus: codicilli vero, ut ait Tribonianus (d), *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, atque, ut scripsit Marcianus (e), *testatoris manu neque scribi*, *neque signari necesse est*; quia nullae in illis formulae adhibebantur, nulla certa verba, nullus ordo, nullus libripens, nullus emptor familiae (f). Codicilli igitur actus solemnis non erant, tum quod non ex lege descenderant, qua iuris solemnia constituta sunt supremis voluntatibus, sed moribus tantum recepti, magistratuumque iurisdictione, tum quia, inspecta illorum origine, non alia de caussa principio permitti coepit civibus peregrinantibus eorum usus nisi ut, quum ob testium inopiam ordinare solemnem

---

(a) L. 19. de testamento militis.

(b) L. 6. §. 1. de iure codicillorum.

(c) Vide Connanum in comment. iuris civilis lib. 9. cap. 6. n. 6.

(d) Instit. lib. 2. tit. ult. §. ult.

(e) L. 6, §. 1. de iure codicillorum.

(f) Vide Cuiacium tract. 2. ad Africanum ad l. 15. de iure codicillorum.

voluntatem non valerent, codicillos saltem conficerent non solemnes; quod postmodum ad ceteros cives generaliter perductum Labeonis auctoritate, atque exemplo, permansit quidem eadem codicillocum forma, qua principio conficiebantur. Ceterum quod iurisconsultorum magis consilio in mores vertebatur, nulla actus solemnitas adiici poterat; quum actus solemnes sive legitimi praescribebantur legum auctoritate (a). Scio hic Tribonianum accusari, quod ea verba in institutionibus transcripta (b) *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, haud congruant cum nova imperatoris constitutione, qua praescribitur in codicillis solemnis quinque testium numerus. Sed opportunius hoc videbimus capite sequenti, quum agemus de novo iure codicillorum.

§. III.

An veteres in codicillis testium praesentiam admiserint?

I. Quamquam codicilli iure veteri nullam exigerent solemnitatem, exoritur hic tamen non levis dubitatio, an nulla prorsus testium adhibitione scriberentur? Plane non intelligimus solemnem illum testium numerum, qui non nisi lege statui potest, sed qui certam faceret eorum fidem, praesertim quum de supremis agatur quae frandibus potissimum patent. In testamentis quidem, legitimus testium numerus solemniter adhibitus tutiorem reddit voluntatis probationem: in codicillis vero etsi veteres solemnitatem actus neglexerint, quaeri tamen potest, an saltem quoad voluntatis probationem testium fidem desiderarint. Celebriores quidem iuris interpretes, ut Cuiacius, aliique iuris doctrina Cuiacio proximiores, vel

---

(a) Vide Cuiacium in l. actus legitimi de regulis iuris.
(b) Instit. lib. 2 tit. 25. §. 3.

quaestionem prorsus non attingunt, vel quantum ex illorum scriptis colligere licet, numquam in dubium id revocarunt: quum pro certo habuerint, testes saltem probationis caussa adhibitos esse in codicillis (a). Giphanius (b) primus, ni fallor, huic dubitationi occurrit, distinguens codicillos proprie dictos ab iis, qui epistolarum more conciperentur: illis quidem arbitratur talem testium numerum, qui hodie adhibetur, necessarium non fuisse: in his credidit nullos fortasse testes adfuisse, ea nempe ductus ratione, quod epistolae scribi non solent, nisi remotis omnibus arbitris, quod etiam placuit Everardo Ottoni (c). Boehmerus autem (d), quum prius longo satis sermone contenderit, nihil aliud revera fuisse apud veteres codicillos, quam epistolas, primum quidem scriptas ad heredes tantum, deinde vel ad legatarios, facile sibi persuasit nullos omnino testes desiderasse; quod probare conatur, tum ex illorum origine, tum quod in libris iuris nulla unquam testium fiat mentio in codicillis, tum demum quarumdam legum argumentis. Boehmero subscripsit Heineccius (e), qui nec dubitavit easdem Boehmeri rationes adoptare. Praestat hic primum aliorum sententiam perpendere; ut deinde quid senserim, dicam libenter.

II. Ne autem perturbate quaestio pertractetur, principio distinguere oportet solemnem testium numerum ab ea testium praesentia, quae admittitur probationis tantum caussa; et quoniam codicilli solemnes non fie-

---

(a) Vide Cuiacium, tract. 2. ad Africanum loco cit. Connanum, comment. iuris civilis lib. 9 cap. 6. n. 1. Antonium Fabrum de erroribus pragmat. decade 69. errore 9.

(b) In codice ad §. ult. l. ult. C. de codicillis.

(c) Inst. lib. 2. tit. ult.

(d) Cap. 1. §. 19. et seq.

(e) Antiquit. rom. ad inst. l. 2. tit. ult.

bant, necessario consequitur, nec solemnem testium numerum exegisse, quod nemo sanus negaverit; ut mirum sit, ipsum Boehmerum nec sibimet consentire, quum codicillos interdum appellaverit *solemnes epistolas* (a). Plane quidnam intellexerit per solemnem epistolam, non video; nisi ut distingueret usitatas epistolas a codicillis, qui ad epistolae modum scribebantur. Dubitatio ergo eo tantum vertit, an veteres testes admiserint in codicillis probationis caussa, ut ita fraudibus quodammodo occurreretur. Et quidem quod primum Boehmerus profert ex origine codicillorum, ad rem non pertinet. Etenim etsi civibus extra Italiam degentibus ideo permissus est codicillorum usus, quod non facile iis praeberetur civium romanorum testimonium, qui testamento adessent, non recte tamen conficit, nullos proinde testes codicillis adhibitos; sed id tantum, quod aequa ratio suaserit vel sine civium romanorum praesentia conscribere codicillos debuisse: quibus tamen utpote non solemnibus, nec lege comprobatis, haud interdicebatur peregrinis testimonium suum perhibere probationis tantum caussa; quippe qui idonei testes habebantur praeter quam in actibus potissimum legitimis, ac propterea ex civium romanorum inopia coniectura duci nequit, testes omnino non adfuisse.

III. Perperam deinde arbitratur, codicillos aliud non fuisse quam epistolas, eaque de caussa iurisconsultos plerumque ita eos nominasse in libris iuris. Etenim quos codicillos propria epistolarum significatione dixerint veteres, infra ostendemus, quum sermonem instituerimus de peculiaribus codicillorum modis. Deinde quod iurisconsulti codicillos quandoque expresserint epistolarum nomine, falso coniicit, tamquam epistolas considerari debere. Et quidem quicquid concipi soleret cum salutis praefatione, epistolam veteres nominabant;

(a) Cap. 1. §. 24.

quo fit, ut cautiones et chirographa, quae potissimum epistolarum more scribebantur, epistolas quoque appellarint, ut tot prostant exempla in libris iuris (a). At quis umquam contenderit, huiusmodi cautiones aliud non fuisse quam epistolas, vel quod testes iis non adhiberentur, propterea quod scriberentur cum salutis praefatione ad modum epistolarum? Non enim modus, quo scribitur, sed negotii genus scripturam distinguit: cautiones quidem, quibus salutatio praemittebatur, si epistolas dixeris, non prohiberis; at male inde conficies, eas proinde existimari debere tamquam epistolas familiares, quod nil iurisconsulto indignius. Praeterea perspicuum est vel in ipsis testamenti tabulis solere testatores salutationem praemittere, praesertim quum amicissimis suis, vel propinquis quid legarent, aut fideicommitterent; ut prae ceteris ex Modestino liquet (b): numquid Boehmerus testamenta quoque aliud non fuisse crediderit, quam epistolas? vel quod testes in huiusmodi testamenti scriptura non adfuerint? Haud negaverim, epistolas quidem familiares scribi solere re-

(a) L. 26. §. 2. depositi, l. 34. de pignoratitia actione. l. 12. §. 12. mandati, l. 5. §. 3. l. 26. et l. ult. de pecunia constituta.

(b) L. 34. §. 1. de legatis 2. *Lucius Titius in testamento suo ita cavit: Octavianae Stratonicae dulcissimae filiae salutem: volo eam a se ipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus. Octaviano Alexandro dulcissimo filio meo salutem; praecipuum volo eum accipere sythesin sterilium villarum cum impositionibus suis. Et* §. 6. *Lucius Titius relictis duobus filiis suis heredibus diversi sexus institutis* (sermo est de testamento, quum heredes instituerit) *addidit caput generale . . . . deinde subiecit in praeceptione relinquenda filiae suae haec verba. Paulinae filiae meae dulcissimae; si quid me vivo dedi comparavi, sibi habere iubeo.*

motis omnibus arbitris, ut inquit Giphanius; quum nulla contentio oriri possit de illarum fide, neque in quaestionem adducuntur: at aliter res se habet in iis scripturis, quibus continetur suprema voluntas, vel mutua hominum obligatio, quaeve ratae haberi nequeunt in iudicio, nisi de earum fide constiterit legitimis probationibus: ac proinde nil refert, an cum salutis praefatione scribantur, nec ne; non enim epistola, sed qnod in ea comprehenditur, necessariam facit testium praesentiam, quemadmodum cautiones etsi epistolarum more conficerentur, ideo tamen testes desiderabant, ut scripturae fides constaret.

IV. Quod autem addit Boehmerus, nimirum in libris iuris nullam haberi mentionem testium in codicillis, id primum verum omnino non est, ut mox ostendemus: deinde animadvertere debuerat, iurisconsultos tum in responsis suis, tum in libris, quos conscripserunt, numquam attigisse quaestiones, quae in facto prorsus consisterent, sed iuris dumtaxat; nisi quando iuris definitio ex facti circumstantiis necessario proficisceretur, vel ex praecipua verborum prolatione penderet, ut accidit in quaestionibus testamentariis. Quoniam autem scripturae fides ad factum omnino pertinet, non item ad ius, idcirco non iurisconsultorum, sed iudicis erat cognoscere, num legitimis probationibus constitisset. Itaque quum codicilli non erant solemnes, nec proinde solemnem testium numerum requirerent, ut testamenta, nil causae est, cur iurisconsulti speciatim agerent de fide codicillorum, vel testium praesentiam quandoque meminissent; hoc enim generatim attigerunt, quum pertractaverint materiam de fide instrumentorum, de probationibus, et praesumptionibus, atque de testibus. Contra in testamentis ideo saepissime mentionem habuerunt de testium adhibitione, quod ad iuris rationem hoc pertineat, sive ad eam iuris observationem, quae legibus praescripta est, quaeque non tam in facto, quam in iure consistit. Demum legum argumenta, qui-

bus Boehmerus utitur, ut testium praesentiam negaret in codicillis, vel prorsus extranea sunt, vel sibimet contraria; at ne longius a proposito aberremus, dum nostram aperiemus sententiam, afferemus quoque eas legum auctoritates, quibus utitur Boehmerus ad eius tuendam sententiam; sed ita tamen, ut quod alienum esse putaverim, referatur in adnotationibus, quas atteximus eius disputationi.

V. Ex hactenus expositis quum in comperto sit, quam falsis argumentationibus laborarint, qui nullos testes agnoscunt in codicillis apud veteres, prope est, ut in re tam obscura proferamus quidquid ex veterum scriptis excogitare licuit, quo Boehmeri quoque sententia apertius convellatur. Et quoniam, ut ex Marciano (a) intelleximus, codicilli scribi atque signari poterant, vel propria testatoris, vel aliena manu, praestat, ut primum videamus qua legitima probatione uterentur in illis, qui aliena manu scribebantur, ut rectius coniectare possimus in propria testatoris manu exaratis. Insignis exstat Scaevolae locus, quo manifestissime apparet, nedum testes adfuisse codicillis aliena manu conscriptis; sed et eorum signis comprobatos. Ita Scaevola inquit (b): *Propositum est, non habentem liberos, nec cognatos in discrimine vitae constitutum per infirmitatem ARCESSITIS AMICIS Caio Seio contubernali dixisse, quod vellet ei relinquere praedia, quae nominasset; eaque dicta IN TESTATIONEM Caium Seium redegisse: etiam ipso testatore interrogato, an ea dixisset, et responso eius tali μάλιστα, id est maxime, inserto; quaesitum est, an praedia, quae destinata essent ex caussa fideicommissi ad Caium Seium pertinerent? Respondit, super hoc nec dubitandum esse, quin fideicommissum valeat.* Palam est, hic agi de codicillis ab intestato factis, non autem de testamento, ut cuique patet, quibus testator

---

(a) Cit. l. 6. §. 1 de iure codicill.
(b) L. 39. §. 1 de legat. 3.

coram amicis consulto arcessitis voce declaraverat, se relinquere velle praedia, quae nominasset, Caio Seio contubernali suo. Caius Seius deinde scripsit testatoris voluntatem, quam *in testationem* quoque redegit. Dubitabatur, an fideicommissum (qui enim ab intestato codicillos relinquit, fideicommittere intelligitur, ut infra ostendemus) valeret, ea nempe de causa, quod in hac specie testator videbatur fortasse loquutum esse non animo deliberato; quum dixerat, *se velle relinquere praedia*, non autem *se relinquere*. Scaevola respondit, nec dubitari posse, quin valeret; praesertim quod postquam Caius Seius praedia scripsisset, interrogato testatore, an ea praedia essent, affirmando responderat, eiusque affirmationem codicillis adiecit. Duo notanda sunt, quae ad rem nostram pertinent: unum, quod controverti nequit, amicos nempe codicillis adfuisse, veluti testes huiusmodi supremae voluntatis, ut falso asseveraverit Boehmerus, nullibi in iuris libris legi, quod testes adhibiti fuerint in codicillis; quum diserte contrarium ex hoc loco appareat. Alterum, quod codicilli in testationem redacti fuerint. At quidnam est *in testationem redigere*? Veteres quidem ad scripturae probationem adhibitis testibus tabulas obsignabant, quam scripturam ita confectam *testationem* dixere, eaque utebantur ad rei gestae fidem faciendum in iudicio. Ita Cicero (a): *eius rei, conditionisque tabellas obsignarunt viri boni complures: res in dubium venire non potest.* Et alibi (b): *ipse in tabulis refert, obsignat signis amicorum providens homo, ut contra hoc crimen (si quando opus esset) hac videlicet testificatione uteretur.* Modum autem, quo testationes fiebant, explicat Paulus dum refert senatusconsultum, quo cautum, ne scripturae publici, vel privati contractus in iudicio prolatae aliter valerent, quam si in testationes

(a) In oratione pro Quinctio.
(b) Actione 7. in Verrem.

redigerentur (a): *Amplissimus ordo, decrevit*, inquit; *eas tabulas, quae publici, vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.* Hinc Venuleius scripsit (b): *Curent magistratus cuiusque loci testari volentibus* (testari hic non significat supremam edere voluntatem, sed tabulas conficere de quovis negotio) (c) *et seipsos, et alios testes, vel signatores praebere, quo facilius negotia explicentur, ut probatio rei salva sit.* Conficiebantur quidem huiusmodi testationes non a personis publicis, ut hodie fit sed a privatis hominibus, qui *signatores* appellabantur; hinc Iuvenalis (d) . . . . *veniet cum signatoribus auspex.* Et quamquam testificationes scriptis habitae *testationes* potissimum dicerentur, iurisconsulti tamen eas acceperunt pro quavis testificatione etiam scriptis non tradita, quod aperte Caius tradit his verbis (e): *fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, facilius probari possit; et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est*, ut nihil caussae sit, cur Schultingius (f) Salmasio irascatur, dum is testationis vocem refert etiam ad testificationes cuiusvis rei gestae, quae scriptis non fuerit consignata, licet prius contra sensisset (g). Ceterum in libris iuris passim mentio fit huiusmodi testatio-

(a) *Recept. sent. lib.* 5. *tit.* 25. *ad legem corneliam testamentariam* §. 6.
(b) *L.* 22. *de testibus.*
(c) *Vide Duarenum lib. primo disput. univers. cap.* 30.
(d) *Sat.* 10.
(e) L. 4. de fid. instrum.
(f) Mosaicar. et rom. leg. col. tit. 8. §. 7. nota 12.
(g) Salmasius ad ius Attic. et Rom. cap. 30.

num, quae adhibebantur, ut eius, quod actum esset, salva haberetur probatio (a).

VI. Ut ergo ad Scaevolae speciem redeamus, Caius Seius voluntatem testatoris scriptis tradidit, eamque redegit *in testationem*, ut ex Scaevolae verbis apparet; at quum ex iam dictis satis constet, per testationes venire quicquid gestum esset testium adhibitione, atque ubi testificatio scripto traderetur, iisdem testium signis obsignari oportebat, ne fraudibus falsariorum subverteretur, plane nesciverim, quid manifestius afferri possit, ut fateamur, nedum testes revera adfuisse in codicillis, sed obsignari quoque necessario debuisse, si non testatoris, eorumdem saltem testium signis, ut eorum salva esset probatio. Et quidem quis umquam sibi persuaserit, tabulas tum publici, tum privati contractus ex relato S.C. quod ab Neronis usque tempore repetunt eruditi (b), nullius momenti habitas, nisi certa forma in testationem redigerentur; diserte enim inquit Paulus, *aliter tabulae prolatae nihil momenti habent*, codicillorum vero fides, in quibus agitur de suprema voluntate, falsariis potissimum obnoxia, consistere potuerit sine legitima testium praesentia? In militibus profecto, quorum supremis peculiari privilegio concessum est, ut vel nuda voluntas rata haberetur, numquam tamen constabat, nisi ea ostenderetur legitimis probationibus; hinc Paulus ait (c): *militibus quoquo modo velint, et quomodo possunt, testamentum facere concessum est; ita tamen, ut hoc ita subsequutum esse legitimis probationibus ostendatur.* Quid

---

(a) Vid. l. 7. de sponsalibus, l. 22. ex quibus caussis maiores etc. l. 2. de nautico foenore, l. 3. de concubinis, l. 14. §. 6. de custodia, et exhibitione reorum, l. 25. ad l. Iuliam de adulteriis, l. 9. §. 5. de poenis, et l. penult. de donationibus inter virum, et uxorem.

(b) Cuiacius in notis ad cit. Pauli locum recept. sent, lib. 5. tit. 25. §. 6.

(c) L. 40. de testamento militis.

autem ineptius, quam exquirere legitimas probationes in militari voluntate, eas tamen negligere in pagani codicillis? Vel quid magis absonum, quam ob salutationem, quam plerumque veteres praemittebant in codicillorum confectione, uti et solebant in quibusdam testamenti capitibus, negare idcirco necessariam testium adhibitionem in ea suprema voluntate, quae codicillis comprehenditur?

VII. Sed videamus modo, quid dicendum sit de iis codicillis, qui non aliena, sed ipsius testatoris manu conscriberentur. Et quamquam pari ratione statuendum videtur, testes quoque huiusmodi codicillos desiderasse, quum hi aeque fraudibus subiecerint, non secus ac ceteri aliena manu exarati; prostat tamen alter Scaevolae locus de quadam epistola a testatore conscripta, quo magis hoc valeat illustrari, utcumque Boehmerus crediderit eamdem Scaevolae speciem urgeri posse ad eius sententiam comprobandam. *Testamento*, inquit Consultus (a) *filium, et uxorem suam heredes instituit, postea epistolam scripsisse dicitur, qua quicquid in peculio habuit filius, ei donavit, et adiecit; praecipua haec eum suique iuris, et post mortem suam habere velle. Quaero, quum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quae epistola continentur ad filium pertineant? Respondi, si fides epistolae relictae constaret, deberi quae in ea dare se velle significavit.* Facilis est quidem huius responsi intelligentia, cuius rationem iam discimus ex Marciano, qui idem prorsus proponit; quum ait, valere codicillos, etsi manu testatoris nec scribantur, nec signentur: quin (b) *licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu eius*

(a) L. ult. de legatis 2.
(b) L. 6. §. 2. de iure codicillorum.

scripti fuerint; additque rationem: ***nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant.*** Dixerat ergo testator in relata Scaevolae specie in testamento, se valere velle vice codicillorum, quod *A SE* obsignatum reliquisset, ut recte hic animadvertit Cuiacius (a); epistolam autem non obsignaverat: dubitabatur, an quod epistola contineretur, servari deberet, licet testator eam non obsignasset, uti testamento significaverat? Respondit Consultus, relicta in huiusmodi epistola deberi, dummodo de illius fide constaret. Etenim potentius est, ut ait Cuiacius, quod quis post testamentum factum gessit, quam quod testamento cavit; maxime, si quod in supremis voluit, valde se id voluisse ostenderit, ut ex illis epistolae verbis apparet: *praecipua haec eum, suique iuris, et post mortem suam habere velle*, quae sane enixam testatoris voluntatem demonstrant.

VIII. At quid est, quod Scaevola de epistolae iure interrogatus respondit, deberi quidem praelegatum, adiecta tamen conditione, *si fides epistolae relictae constaret?* Respondet Boehmerus (b): quum testes codicillis minime adhiberentur, recte epistolae fides in dubium revocari poterat, ac proinde eatenus praelegatum deberi respondit, ut de eius fide constitisset. Sed quaererem hic a Boehmero, quonam pacto aliunde probari poterat scripturae fides, si testes non adfuerant? Perspicuum est in iure, non aliter scripturae veritatem probari posse, quam aliorum testimonio (c): si ergo testes non aderant, nec proinde horum testimonio poterat scripturae fides comprobari, quorsum Scaevola inquit: *si fides epistolae relictae constaret?* Inquiet fortasse Boehmerus, id expleri potuisse comprobatione manus testatoris, aliisque

---

(a) Lib. 4. respons. Scaevolae ad cit. l. ultimam de legatis 2.

(b) Cap. 1. suae disput. §. 21.

(c) Paulus sent. recept. tit. 15. §. 4. ibique Cuiacius; et Scultingius in notis.

praesumtionibus aliunde petitis: fabulae. Primum quidem nulla maior incerta probatio, quam comprobatio manus in scriptionibus potissimum, quae exararentur in tabellis ceratis, quibusque facillime scripturam imitamur. Nec veteres, quod sciam, huiusmodi probatione utebantur; quum nullum eius vestigium appareat, nisi in eo casu, quo quis agnoverit manum suam; tumque non tam fit litterarum comparatio, quam ipsemet, qui scripsit, proprium eius chirographum agnoscit. At in tabulis defunctorum, quae umquam scripturae fides haberi poterit ex huiusmodi literarum comparatione, quaeque non nisi probabilem faciet coniecturam? Iustinianus porro ut occurreret fallacissimis literarum comparationibus, statuit, eas non aliter permitti, nisi una adfuerint trium testium subscriptiones (a).

IX. Deinde iam intelleximus ex Paulo (b), quemadmodum ex S.C. tabularum fides admitteretur, testium nempe adhibitione, eorumque signis. Et quamvis Consultus hoc loco tantum loquatur de tabulis publici, privatique contractus, ut tamen hic recte animadvertit Schultingius (c), alibi fortasse Paulus idem monuerit quoad tabulas supremae voluntatis, quae sane facilius adulterantur. Plane Svetonius, qui sub Nerone hanc tabularum obsignationem inductam refert, haud de contractibus loquitur, sed de tabulis generatim: *adversus falsarios*, inquit (d), *tunc primum repertum*, *ne tabulae nisi pertusae*, *ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur*. Constat autem Neronis aetate iam codicillorum usum invaluisse, ut prorsus non videam, cur senatus consultum ad codicillorum quoque tabulas perduci non debuerit. Etenim nemo ignorat, legem corneliam de falsis primum latam de testamenti tabulis, indeque pro-

---

(a) L. 20. C. de fide instrumentorum.
(b) Recept. sent. lib. 5. tit. 25. §. 6.
(c) In notis ad cit. Pauli sententiam, nota 44.
(d) In Neronem cap. 17.

ductam ad reliqua instrumenta (a), itemque ad codicillos (b), qui postea introduci coeperunt. Quare quum ex iuris historia manifeste appareat, nil magis antiquius Romanis fuisse, quam ut falsariorum fraudibus occurrerent, potissimum in supremis voluntatibus, quis umquam crediderit, consuluisse quidem contractuum tabulis, non item codicillorum? Quod ergo Boehmerus profert ex Scaevola, ut testes excluderet a codicillis, nedum refragatur eidem Consulti sententiae, sed nullo pacto consentire potest cum iuris historia.

X. Sed quid revera sibi voluit Scaevola, quum praelegatum deberi respondit, si fides epistolae relictae constaret? Dicam, quid sentiam. Neminem vel mediocriter in iuris libris versatum latet, iurisconsultorum munus in respondendo spectasse quidem quaestiones iuris, non facti. Quod ubi dubitatio factum respiceret, acute Duarenus (c) animadvertit in Scaevola quemdam respondendi morem huic iurisconsulto familiarem; nimirum vel ita respondebat: *de iure non quaeri*, aut quid simile; vel si quaestio facti magis esset, quam iuris, tum responsum quidem de iure dabat adiecta tamen conditione, quae factum, quod erat incertum, respiceret. Pluribus exemplis hoc demonstravit Duarenus (d), quibus et hunc nostrum addere possumus, quum conditione adiecta de epistolae fide praelegatum deberi ait. Ac sane Scaevolam interrogaverant de iuris quaestione; an nempe valeret praelegatum in epistola relictum, quam tamen testator non obsignaverat contra eius voluntatem in testamento expressam, qua se valere velle iusserat vice codicillorum, quod obsi-

(a) Vide Mosaic. et rom. leg. collat. tit. 8. §. 7. ibique interpretes.

(b) L. p. §. ult. de lege cornelia de falsis.

(c) In Scaevola.

(d) Vide l. 93. §. collegio de legatis 3. l. 7 et 20 de instrumento legato l. 29. de probationibus, l. 29. § Titius de pactis dotalibus, l. 109. de condit. et demonst.

gnatum relinqueret. Scaevola quidem huic interrogationi respondens, valere inquit; attamen quum ex facti narratione, quam proposuerant, incertum videbatur, an epistola etsi a testatore non obsignata constaret legitimis probationibus, recte putavit in dubium relinquere epistolae fidem, ne alias crederent praelegatum deberi, utcumque epistola se habuerit. Etenim licet non exigerent codicilli testatoris signum, adesse saltem debuerant et testes, et eorum signa, ut salva esset illorum fides; cumque hoc Scaevola ignoraret, ne iuris quaestione facti cognitio involveretur de tabularum ingenuitate, noluit idcirco Consultus iuris tantum definitionem attingere; atque dum statuit epistolam valere quantum ad praelegati rationem, conditionem adiecit quantum ad incertam eiusdem epistolae fidem; ut non secus locus esset praestationi praelegati, quam si scripturae veritas legitimis constaret probationibus, quasi diceret, notionem facti magis esse, quam iuris. Quaenam autem esse poterat legitima tabularum probatio, nisi testium praesentia, earumque obsignatio, ut moris erat, in ceteris tabulis? Enim vero utcumque Marcianus (a) affirmaverit, valere nempe codicillos neque scriptos, neque signatos *a testatore*; numquam tamen negavit eorum obsignationem; quum id aperte retulerit ad *testatoris* personam dumtaxat, ideoque ait: *IPSIUS MANU neque scribi, neque SIGNARI necesse est.* Fatetur quidem necessarium non esse testatoris signum, quum ad testamenti differentiam nullam exigant solemnitatem; ac proinde haud intererat, an proprio testatoris signo confirmarentur, an alieno; at non recte inde conficitur, quod constiterint vel nusquam obsignati; quin dum Consultus hoc negat quantum ad signum testatoris, idem admittere videtur quoad signa aliena. Quod non obscure etiam comprobatur ex iis, quae statim addit: *licet in confirmatione paterfamilias adiecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos, et subscriptos, tamen va-*

(a) Cit. l. 6. §. 1. de iure codicillorum.

lent facti ab eo codicilli, licet neque AB EO signati, neque MANU EIUS scripti fuerint; nam si valerent nullo modo obsignati, cur addidit illud *ab eo*? Egit hic sane Marcianus de solemni ritu in codicillis non necessario; ac propterea nil hoc loco opportunius, quam, si revera constare poterant sine obsignatione, affirmare, non modo eos scribi non oportere manu testatoris, sed nec omnino obsignari; attamen id tantum significavit, ut necesse non sit *ab eo* signari, nempe a testatore. Diversa ergo sunt, opus non esse signo testatoris, ac obsignationem prorsus non requirere, quod nedum Marcianus non negavit, sed pro certo habuisse videtur. Igitur, ut ad Scaevolam redeamus, quum in facto non constaret, an epistola, licet a testatore non obsignata, aliorum saltem signis comprobaretur, qui tamen scripturae facerent fidem, merito se retulit ad epistolae probationem. Itaque ex relatis pandectarum locis cum iuris historia commissis satis liquet quemadmodum testes codicillis adfuerint; et quo pacto hi obsignari debuerant, nimirum vel proprio testatoris signo, vel saltem ipsorum testium.

XI. Haec hactenus hausimus ex veterum iurisconsultorum sententiis. Quod si litem definire velimus auctoritate posteriorum imperatorum ante tamen Constantini imperium, res adeo manifesta est, ut non nisi cavillando tergiversari valeat. Diocletianus, inquam, ita rescripsit: *et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse* ADHIBITIS TESTIBUS *nulla dubitatio est* (a). Quid porro apertius? Giphanius quidem (b) ab hac expressa verborum vi non secus se expedire credidit, quam si illud *adhibitis testibus* Triboniano appingeret, quasi ea verba ideo addiderit, ut Diocletiani sententiam componeret cum novo iure codicillorum de numero quinque testium. Sed non recte Triboniano tribuit, quod nulla de caussa id liceat suspi-

(a) L. 22. C. de fideicomis.
(b) In codice ad cit. leg. ult. §. ult. c. de codicillis.

caci; nihil enim commune habent ea verba cum novâ codicillorum sanctione. Et quidem illud *adhibitis testibus* in Diocletiani rescripto haud importat solemnem testium numerum, sed talem, qualis requiritur in quavis testatione probationis tantum caussa; quod longe diversum est ab solemni testium adhibitione; ac proinde si ea verba minime respondent novo iuri de numero quinque testium, cur ea Triboniano adscribes; quum nulla subsit caussa ita suspicandi? Forsan eius, quod tueri non possis, statim Tribonianum auctorem feceris, quasi impune liceat ei tribuere quicquid ex libris iuris nostris adversetur opinionibus? Boehmerus contra (a) rem aliter interpretari conatur. Admittit quidem, ex Diocletiano duos saltem testes codicillos desiderasse, sed eos dumtaxat, qui fierent nuncupatione, non item, qui per scripturam; atque ea verba *adhibitis testibus* non referri putat ad integram rescripti sententiam, sed tantum spectare specialem locum, quo loquitur de fideicommissis sine scriptura, vel nutu. Insipida prorsus interpretatio! Dicat porro Boehmerus, qua coniectura id affirmari valeat? Quum contra ex verborum constructione illud *adhibitis testibus* ad omnes legis partes referatur? Suavis autem est, quum rationem subiicit qua imperator testium adhibitionem caverit in codicillis voce, vel nutu declaratis; nam, ut inquit, *non posset alias constare de voluntate fideicommittentis.* Sed quid porro opus erat urgere testium praesentiam, ubi aliter defuncti voluntas nequeat manifestari? An hoc umquam in dubitationem venire poterat, ut propterea verbis expressis id cavere cogitaverit? Sed quid ineptius, quam in re tam manifesta cavillationibus laborare?

XII. Reliquum est, ut videamus, quemnam testium numerum veteres revera adhibuerint in codicillis, quibusque non interdicebatur in illis testimonium perhibere. Primum quidem ex iuris libris luculenter non constat; sed quoniam solemnes non erant, nec proinde ex lege profi-

---

(a) Cap. 1. §, 25. suae disp.

eiscerentur, satis fortasse videbatur numerus duorum testium ex generali Ulpiani regula (a), quod ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficiunt. Ceterum probabilius existimaverim, eumdem testium numerum desiderasse, qui adhibebatur in ceteris tabulis, quum in testationem redigerentur. Pari quoque ratione crediderim quoad testium conditionem, quemque, cui testimonium dicere non vetabatur in ceteris negotiis, recte adhibitum in codicillis, veluti non solemnibus, qua de caussa distinguebantur etiam a testamentis, in quibus non admitterentur, nisi tantum masculi, iique cives romani (b).

§. IV.

An codicilli per scripturam tantum conficerentur an etiam per nuncupationem?

Quum hactenus exposuerim eas omnes iuris regulas, quibus codicillorum ratio a testamentis discriminatur, praestat modo considerare, quemadmodum una consenserint, sive quo pacto codicilli testamenti caussam imitentur. Ac primum non levis est dubitandi locus, an ut testamenta condebantur tum per scripturam, tum per nuncupationem, ita idem obtinuerit in codicillis? Omnes fere iuris interpretes haud veriti sunt hoc affirmare, praeter Antonium Fabrum, qui primus negavit (c); ac deinde nostra aetate Boehmerus Fabri sententiam suscitavit (d) quam amplectitur quoque Heineccius (e). Hi quidem scriptores quum viderint, nullam expressam mentionem haberi de codicillis per nuncupationem in pandectarum li-

(a) L. 12. de testibus.
(b) Inst l. 2. tit. 10. §. 6.
(c) De erroribus pragmaticorum decade 69. errore 9.
(d) Cap. 1. §. 24. suae disputationis.
(e) Antiquit. rom. lib. 2. inst. tit. ult. §. 16.

bris, nec nisi ex vulgata constitutione de quinque testium numero (a), id primum appareat, qua imperator eumdem testium numerum praescribit in codicillis per scripturam, ac per nuncupationem: existimarunt tum primum inductum, ut vel sine scriptura fierent codicilli, quam sane coniecturam illustrare conantur aliis non dissimilibus argumentis. Faber quidem ita argumentatur: codicilli ideo dicti, quod essent parvi codices; quemadmodum ergo nil magis absonum, quam fingere codicem nuncupatum, ita codicilli scripto necessario consignabantur, nisi dixeris etiam voce nuncupatum, quod libello comprehenditur. Urget deinde relatam Marciani sententiam (b), qua valere dicitur codicillos neque subscriptos, neque signatos a testatore, quasi Marcianus intellexerit, non aliter eos fieri posse, nisi per scripturam, ac demum Ulpiani locum, quem prorsus e re alienum deprendemus.

II. Recte quidem Faber loquitur, quum contendit codicillorum nomine venire non posse, nisi quod scribebatur in tabellis ceratis; at hoc tantum spectat latinam significationem. Iurisconsulti vero, ut diximus (c), eam vocem accomodarunt supremae voluntati, quae constaret sine iuris solemnibus; quo fit, ut quoniam codicillorum nomen transtulerint ad exprimendam voluntatem non solemnem in supremis, nil vetabat, quin huiusmodi voluntas manifestaretur vel scripto, vel voce; quum quoquo modo voluntatem nostram aperiamus, eadem aeque permanet, utcumque vario signo significetur. Itaque quum iurisconsulti per codicillos intellexerint voluntatem non solemnem, nulla obstat iuris ratio, quin ea manifestari magis uno modo, quam altero debuerit: quemadmodum nec iuris ratio repugnavit, quin testamenta conderentur vel scripto, vel nuncupatione; quum quoquo modo voluntas aperiatur nihil ei additur, vel tollitur, sed eadem es-

---

(a) In l. ult. §. ult. cod. de codicillis.
(b) Cit. leg. 6. de iure codicillorum.
(c) Vide §. primum huius capitis.

se videtur, licet varium sit manifestationis signum. Fateor quidem, naturalem, sive primaevam codicillorum significationem ad scripturam tantum referri; sed male conficit Faber, apud iurisconsultos non potuisse trasferri ad voluntatem nuncupatam, dummodo non solemniter fieret; nec novum est in iure, vocabula formam magis, quam rem ipsam exprimentia, sublata, vel immutata veteri forma, adhuc retineri, dum res ipsa perdurat, quod longum esset exemplis ostendere. Atque, ut cetera praeteream, nonne ipsemet arguitur, quum ait ex relata imperatoris constitutione tum primum coepisse codicillos confici nuncupatione? cur tam absonum ante illius constitutionem id videbatur, quod postmodum non repugnavit? non eadem erat iuris ratio?

III. Deinde quod affert ex Marciano, plane non video, quidnam ex illius sententia colligere tentaverit, quod ad rem nostram conducat. Ait porro consultus, valere codicillos, etiam si neque scribantur, neque signentur a testatore. An ideo intellexit fieri non posse per nuncupationem? Qui autem affirmat, eos valere sive propria, sive aliena manu conscribantur, non videtur scripturam necessario in illis desiderare. Huic similis est alter iuris locus, quem Faber, ac Boehmerus (a) afferunt ex Ulpiano, qui ita inquit (b): *quemadmodum plerique pagani solent, quum testamenta faciunt per scripturam, adiicere: velle hoc etiam vice codicillorum valere.* Refert quidem consultus moris esse in testamento scripto clausulam adiici, ut etiam valeret vice codicillorum. Sed ait Faber, ideo clausula adiiciebatur in testamento scripto, quod inutilis haec fieret in nuncupato; atque, ut arbitratur, testamentum per nuncupationem haud potuerit in vim codicillorum transformari, nam codicilli necessario exigebant scripturam. Verum quam futiles sint huiusmodi argumentationes apparet ex ipsamet Ulpiani sententia, qua nil aliud Con-

(a) Cap. pr. §. 7. suae disputationis.
(b) L. 3. de testamento militis.

sultus significare voluit, nisi quod plerique pagani solent in testamento scripto adiicere illam clausulam. At enim cur in testamento scripto? Respondeo, quia veteres perraro testabantur per nuncupationem; ac proinde usus illius clausulae usurpabatur in testamento per scripturam, veluti frequentissimo. Sed quid iuris esset, si in testamento per nuncupationem clausula adiiceretur? id non tradit Ulpianus, quum non esset illic locus. Ceterum idem iuris fuisse existimaverim, ac si exprimeretur in testamento scripto, quum par sit in utroque ratio. Sed utcumque fuerit huiusmodi clausulae usus, quid quaeso ad codicillos sive per scripturam, sive per nuncupationem ex hoc Ulpiani loco? an quod consueverant illam clausulam adiicere testamento scripto, conficitur, codicillos non secus valere, quam per scripturam? videant profecto, ne dum in iure ita argumentantur, in dialectices regulas turpiter offendant.

IV. Praeterea unde quaeso acceperunt, nuncupationem in codicillis primum manasse ex relata constitutione de quinque testium numero? Illic profecto non ea est mens imperatoris, ut hoc induceret, sed ut numerum testium definiret in codicillis; quod tamen servari iussit tum in voluntate scripta, tum nuncupata, ut ex illius verbis manifeste liquet. Tantum ergo abest, ut ex hac constitutione invaluerit usus codicillorum per nuncupationem, quin etiam contrarium apparet ex iisdem imperatoris verbis. Statuit quidem quinque testium numerum in quavis voluntate praeter testamentum; additque: *sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur* (a). Quibus verbis plane non video, quemadmodum suspicari liceat, tum primum inductum usum codicillorum per nuncupationem. Demum, quod Boehmerus congerit ex illa perturbata codicillorum notione, quam falso repetit ex epistolarum ra-

(a) Cit. l. ult. §. ult. cod. de codicillis.

tione, frustra hic duximus iterum expendendum, quum latius id principio refutavimus.

V. Verum, ut modo sententiam nostram aperiamus, haud negaverim, origine sua codicillos non nisi scripto primum consignari consuevisse, quod satis intelligitur ex prima vocabuli significatione. Sed aucto deinde codicillorum usu, quoniam nulla iuris ratio vetabat, quin instar testamenti possent quoque nuncupari, ubi fideicommissa admitti coeperunt non tam scripta voluntate, quam voce, quin et nutu, probabile fit tum codicillos quoque per nuncupationem receptos, quibus praesertim fideicommissa relinquerentur. Et quidem declaratio voluntatis sive scripto manifestetur, sive voce pronuntietur, non ad ius pertinet, sed humanae tradita est facultati. Et quamquam ius civile poterat declarationis modum praescribere, quum tamen hoc non caverit in testamentis, nec proinde dicendum est, cautum esse in codicillis. Si autem tollas hanc expressam iuris definitionem, nulla caussa erit, cur in testamentis nuncupatio permitteretur, non item in codicillis, quasi nuncupatio liceret in solemni voluntate, non autem in minus solemni. Ceterum si eorum usum spectaveris, non facile comperies nec apud veteres, nec moribus nostris nuncupationis exempla in supremis, tum in testamentis, tum in codicillis: quaeque contestationes hodie per nuncupationem factae dicuntur, quum a tabulario in scripturam redigantur, re quidem ipsa vicem magis obtinent scriptae voluntatis. Ac sane in iurisconsultorum scriptis haud reperies exempla testamentorum per nuncupationem; quae tum demum fiebant, quum in re subitanea per scripturam non liceret, uti et hodie quotidie experimur; atque ut refert Svetonius in vita Horatii: *decessit herede Augusto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Nec immerito; per nuncupationem enim nedum pandere necesse est voluntatem coram testibus, sed quod magis putaverim, facile iudicium defuncti deficere potest, si testes prae-

moriantur, antequam testatoris exprimant voluntatem quum contra in voluntate scripta maneat testatoris iudicium. Quare ut veteres raro testamenta per nuncupationem conficiebant, ita perraro nuncupabant codicillos; hi enim veluti non solemnes facilius redigebantur in scripturam.

VI. Sed ne rationum tantum momento Fabrum, eiusque sectatores oppugnemus, praestat modo afferre quemdam iuris locum ex Ulpiano, quo non obscure Consultus codicillos per nuncupationem innuere videtur. Verba sunt (a): *si iudex aliquem sic condemnet, ut quod habet ex testamento, vel codicillis Moevii, restitueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominavit, quae testamento, vel codicillis relicta est. Sed et si fideicommissum SINE SCRIPTURA PRONUNTIATUM, idem erit probandum.* Agit hic Ulpianus de iudicis sententia, qua quis condemnatur ad fideicommissi praestationem relicti vel in testamento, vel codicillis; et quoniam condemnatio a iudice facta tum parit rei iudicatae actionem, quum in illa certam expresserit quantitatem, vel facta condemnatione sine certa quantitate, haec tamen certa comprehendatur in parte aliqua actorum (b), quaerit idcirco Consultus, an recte judex sententiam pronuntiaverit, si non expressa quantitate, ita dixerit: *ut quod habet ex testamento, vel codicillis Moevii, restitueret Titio?* Et valere eam respondit, quasi nominasset quantitatem, quae in testamento, vel codicillis continetur. Quod si fideicommissum non scriptum, sed voce sit pronunciatum (pronunciare hic idem est ac nuncupare) (c), idem dicendum esse affirmat. Primum quidem speciem proponit de fideicommisso relicto in testamento, vel codicillis

---

(a) Ulpianus in l. 5. §. 1. de re iudicata

(b) L. 3. C. de sententia, quae sine certa quantitate profertur.

(c) Vide etiam l. 25. qui testamenta facere possunt.

per scripturam, deinde *per nuncupationem*; in primo casu nominat tum testamentum, tum codicillos; in altero vero non repetit contestationum genera, sed ait: *sed et si fideicommissum sine scriptura pronuntiatum, idem erit probandum*. Quum ergo idem probet in fideicommisso sive scripto, sive pronuntiato, dicendum est, comprehendisse in posteriori specie quicquid proposuerat in prima; ac propterea in prima loquutum de codicillis per scripturam, deinde per nuncupationem. Quod si velis abstrahere codicillos a posteriori specie, nedum in Ulpiani sententiam offenderis, qua voluit omnino comprehendere tum testamenta, tum codicillos, ut ex illius verbis manifeste apparet; sed cogeris affirmare, fideicommissa haud nuncupari potuisse per codicillos: fideicommissa quidem in tantam benigniorem caussam adducta fuere, ut vel nutu relinqui possent (a); quod autem vetaretur eorum nuncupatio per codicillos, nescio, qua fronte contendi possit, nisi haud verearis irruere in manifestiora iuris principia.

§. V.

Quibus permissum est facere codicillos.

I. Altera iuris regula, qua codicillorum ratio conferri potest cum testamentis, spectat personas, quibus codicillorum factio permittitur, ut par in utrisque ratio habeatur; nimirum, ut cui interdicta sit factio testamenti, eidem negetur et illa codicillorum, et contra (b); etenim sive agatur de solemni, sive de minus solemni voluntate, iuris civilis ratio non patiebatur, eum facere codicillos posse, qui testamenti factionem

---

(a) Ulpianus tit. 25. §. 3. Paulus sent. recept. lib. 4. tit. 1.

(b) L. 6. §. 3. et l. 8. §. 2. de iure codicillorum.

non haberet; quum quantum ad testandi potestatem idem ius utriusque esse debuerat. Hoc autem ita explicat Paulus (a): *codicilli totiens valent, quotiens quis testamentum quoque facere possit. Non tam hoc ita intelligemus, ut exigamus, potuisse enim eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere (quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit?); sed si iure testamenti factionem habuit.* Factio quidem testamenti non ad testandi formam, sed ius refertur: itaque qui sufficientium testium copiam non habeat pro solemni voluntatis declaratione, non idcirco dicitur, factionem testamenti non habere, ut proinde nec codicillos facere possit; quum satis sit, factionem ei non esse iure interdictam.

II. Verum utcumque unam, eamdemque iuris rationem spectaverint quoad personas, quibus factio esset testamentorum, ac codicillorum, tamen vel quid diversum considerarunt in testamenti, ac codicillorum tabulis, quarum benigniorem fecerunt caussam. In testamentis quidem non secum praetor concedebat bonorum possessionem secundum tabulas, quam si is, qui testamentum faceret, utroque saltem tempore factionem testamenti habuisset, et quum testamentum condidit, et quum moritur; licet medio tempore eam amiserit, si nempe capitis minutionem passus sit (b). At in codicillis benignius receptum est, ut tempus tantummodo mortis spectetur, quo factionem testamenti habuerit, ut fideicommissum iis relictum valeret. Et ideo ait Ulpianus (c): *si quis plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit, et indulgentia principis restitutus, iisdem codicillis durantibus decesserit, potest defendi fideicommissum valere; si modo in eadem vo-*

(a) Cit. l. 8. §. 2.
(b) L. 1. §. 8. de bonorum pos. sec. tabulas.
(c) L. 1. §. 5. de legatis 3.

luntate duravit. Idem quoque affirmat Ulpianus (a) si filius familias codicillos fecerit, et emancipatus eos non mutaverit; vel si servus fecerit, et manumissus iis durantibus decedat; ex tacita enim voluntate codicilli convalescunt. Neque dixeris, id inductum in gratiam fideicommissi, non codicillorum; nam aperte Ulpianus fatetur, haec locum non habere in fideicommissis, quae testamento relicta sint (b): *Haec utique*, ut inquit, *nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quotiens ipsum testamentum non valet; sed si alias fideicommissum quis reliquerit*, id est extra testamenti tabulas, nempe in codicillis. Rigorem quidem iuris tenuerunt in testamentis, tamquam ex lege, ac proinde utroque saltem tempore factionem testamenti habere oportebat; benignitatem vero in codicillis veluti ex moribus, quibus si fideicommissa scriberentur, mortis tantummodo tempus spectabatur (c).

§. VI.

De variis codicillorum modis.

I. Perspecta generali codicillorum norma, quatenus a testamenti iure vel distinguatur vel conferatur, sermonis ratio postulat, ut modo videamus, quot codicillorum modos, sive genera veteres admiserint, ut deinde sigillatim proprium cuiusque ius consideremus, quatenus inter se differrent. Ex libro singulari, quem Paulus scripsit de iure codicillorum, retulit Tribonianus in pandectarum libris quemdam huius Consulti locum, quo varios eorum modos perspicimus. *Conficiuntur*, in-

(a) Cit. l. 1. §. 1. de legatis 3.
(b) Loco cit.
(c) Vide Cuiacium ad cit. legem.

quit (a), codicilli *QUATUOR MODIS*: *aut enim in futurum confirmantur*: *aut in praeteritum*: *aut per fideicommissum testamento facto*; *aut sine testamento*. Ex quatuor hisce codicillorum modis, quos Paulus distinguit, primi tres testamentum sequuntur, tamquam illius supplementum, quosque iurisconsulti appellarunt ad *testamentum factos*, vel *pertinentes* (b); postremum vero respicit eos codicillos, qui fiunt sine testamento, nempe ab intestato. Atque ut uniuscuiusque formam explicemus, primo codicilli ita conficiebantur, ut testamento confirmarentur *in futurum*; quum nempe testator caverit testamento, se valere velle eos codicillos, quos scripsisset, ac deinde post factum testamentum eos revera scribat, hique codicilli *in futurum confirmati* dicebantur. Horum exemplum exhibet Marcellus (c): *Lucius Titius testamento ita cavit*: *si quos codicillos reliquero*, *valere volo*. Alter modus erat, quum contra conficiebantur codicilli ante testamenti tabulas, in quibus deinde confirmarentur, tumque dicebantur *confirmati in praeteritum*; ut si testamento quis dixerit: *quos codicillos feci*, *aut reliqui*, *valere volo*. Ambo ergo testamento erant confirmati, sed si illi posteriores essent, *in futurum*, si anteriores, *in praeteritum* confirmati appellabantur. Interdum etiam una enunciatio complectebatur codicillorum confirmationem tum in futurum, tum in praeteritum; puta si testamento ita cavebatur: *quos codicillos feci*, *aut fecero*; aut si generalis confirmationis formula adhiberetur, qualem profert Celsus (d): *Haec verba*; *si quid ad hoc testamentum pertinens reliquero*, *valere volo*, *etiam ea*, *quae ante testamentum scripta sunt*, *comprehendere*. Poterant quoque

---

(a) L. 8. de iure codicillorum.

(b) L. 8. §. 2. de transactionibus, leg. 5. de his, quae ut indignis etc.

(c) L. ult. de fideicommissariis libertatibus.

(d) L. 18. de iure codicillorum.

non omnes; sed certi generis codicilli confirmari, tumque eos tantum valere ait Paulus (a): *Si quis certi generis codicillos confirmaverit, puta: quos novissimos fecero, non utique statim quae codicillis dantur, consistere videbuntur*; *et ideo si alii postea fiant, legata in prioribus data non valebunt*.

II. Tertius codicillorum modus a Paulo relatus dicitur *per fideicommissum testamento facto*; nimirum quum testator voluntatem suam declaret codicillis ad testamentum factis, verbis quidem precativis, non autem directis; sive quum fideicommissa in illis reliquerit. Exemplum esto ex Scaevola (b): *codicillis ita scripsit*: *Nigidium, Titium, Dionem libertos meos senes, et infirmos PETO in locis, in quibus nunc agunt, senescere patiamini*; verbum enim *peto* precativum erat: atque tot huiusmodi codicillorum exempla reperies in libris iuris, quot fideicommissa prostant in codicillis relicta (c). Turpiter hic fallitur glossa, dum putat, codicillos per fideicommissum aliud hoc loco non intelligi, quam si confirmentur testamento verbis precariis; puta si testator ita caverit: *quae codicillis cavi, vel cavero, peto, ut praestetis*; hoc enim non utique constituit diversum codicillorum genus, sed tantum respicit variam verborum adhibitionem in confirmationis formula, quae tamen utcumque proferatur, eorum non immutat naturam; sive enim quis dicat: *quicquid codicillis reliqui, ita dare heres meus damnas esto*, sive: *quae codicillis cavi, peto, ut heres meus praestet*, una, eademque habebatur vis confirmationis; atque differentia inter verba precaria, ac directa non utique spectabat confirmationis formulam, sed ipsam relicti natu-

---

(a) L. 8. §. ult. eodem tit.

(b) L. 23. de usu, et usufructu per legatum, vel fideicommissum relictis.

(c) Vide Connanum comment. iuris civilis lib. 9. cap. 6. num. 2.

ram ; nam quoquo modo, quibusque verbis confirmatio proferretur, eadem aeque considerabatur, ut idcirco non constitueret distinctam codicillorum formam. Haud negaverim tamen, veteres saepissime confirmationis formulam expressisse per verba precativa; quo sane respexit Scaevola, quum ait (a): *deinde codicillos per fideicommissum confirmavit*; attamen nil refert ad ius codicillorum, utrum directe, an per fideicommissum per verba nempe precativa confirmarentur. Nec Paulus alia de caussa varios eorum modos distinguere intellexit, nisi quod cuique tribuitur peculiaris quaedam iuris ratio; varia vero verborum conceptio in confirmatione quum ius diversum non exprimat nec modum diversum constituere potest. Quicquid autem varium confirmationis modum respiceret, quod varium ius pareret in codicillis, iam proposuit in prioribus duobus codicillorum modis, quum nempe confirmentur in futurum, vel in praeteritum. Atque ubi tertium codicillorum modqm a prioribus distinguere voluit, id tantum significare intellexit, quod poterant quoque confici codicilli *per fideicommissum testamento facto*: id est scribi in illis relicta per fideicommissum, ut ita distingueret codicillos testamento confirmatos, quibus legari poterat verbis directis, seu civilibus, a codicillis non confirmatis, quibus non aliter relicta constarent, nisi expressa per fideicommissum, seu verba precativa, ut latius infra apparebit.

III. Quarto demum conficiebantur codicilli per fideicommissum quidem, sed sine testamento; nimirum quum quis intestatus decedens codicillos tantummodo relinquat, quo inquam casu non secus consistunt, quam si relicti praestatio fidei heredis legitimi committatur. Formulam autem, qua potissimum concipi solerent, ita exponit Julianus (b): *si quis quum testa-*

(a) L. 37. §. 2. de legatis 3.
(b) L. 3. principio, de iure codicillorum.

mentum nullum habebat, codicillis *fideicommissa hoc modo dedit: Quisquis mihi heres erit, bonorumque possessor, eius fideicommitto: fideicommissa praestari debent*. Fideicommissorum quidem caussa, quae extra legis rigorem spatiabatur, effecit, ut etiam ab intestato decedentibus permitteretur fideicommissa codicillis relinquere. Haec quidem Paulus habet. Tribonianus vero (a) breviorem tenet codicillorum divisionem; eorumque duo tantum genera agnoscit, ut vel conficiantur testamento facto, vel sine testamento per fideicommissum: *Non tantum autem*, inquit, *testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens, fideicommittere codicillis potest*. Cur autem Tribonianus minutam Pauli divisionem neglexerit, opportunius videbimus capite sequenti, quum ad ius novum accesserimus.

IV. Verum quamquam perspicuum sit, hos quatuor codicillorum modos iam esse pleno iure receptos iurisconsultorum saltem aetate, quorum scripta Tribonianus transcripsit in pandectarum collectione, numquam tamen credibile fit, ut recte arbitratur Cuiacius (b), et Hotomanus (c), uno eodemque tempore omnes apud veteres admissos. Hoc enim rei indoles satis declarat, quae principio tantam iuris immutationem in supremis non patiebatur; sed quum a levioribus exordiamur, facile deinde ad maiora patet progressus. Itaque admiss's primo codicillis ad testamentum factis, quibus vel quod testamento comprehensum non esset, suppleretur, aut variare liceret, ad codicillos demum etiam sine testamento perventum est; quin, quantum ex ipso rerum ordine coniecturam ducere licet, anteriores fortasse fuere codicilli confirmati in futurum illis in praeteritum. Constat autem Plinii testimonio, qui vixit sub Traia-

---

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1. lib. 2. tit. ult.
(b) Ad l. 2. de legatis 1. et ad l. 1. de legatis 3.
(c) Inst. lib. 2. tit. ult.

no, ea nempe aetate codicillos non aliter constitisse, quam si essent testamento confirmati; scribens enim ad Annium ita inquit (a): *tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Acillani, qui me ex parte instituit heredem, pro non scriptis habendos; QUIA NON SUNT CONFIRMATI TESTAMENTO. Quod ius ne mihi quidem ignotum est, quum sit etiam iis notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates etiamsi iure deficerentur, quasi perfectas tuerer. Constat autem, codicillos Aciliani manu scriptos; licet ergo non sint confirmati testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur.* Scio, hunc Plinii locum a plerisque interpretibus (b) intelligi de codicillis, testamento anterioribus, qui confirmari debuerant posteriori testamento. Sed gratis hoc asseritur, quum ex Plinii verbis id minime appareat: nec alia de caussa codicillos iure pro non scriptis habendos esse dicitur, nisi quia non essent testamento confirmati; quod quidem ius, ut ait, *ne mihi quidem ignotum est, quum sit etiam iis notum, qui nihil aliud sciunt.* Vulgata ergo tum erat haec iuris regula, quae tamen non video, quemadmodum intelligenda sit de anterioribus testamento dumtaxat, non item posterioribus. Et quidem interpretes consulto acceperunt hunc Plinii locum de codicillis tantum anterioribus testamento, ut ita explicarent difficiles quosdam iuris locos, Papiniani nempe et Triboniani in institutionibus; sed frustra elaborarunt, ut infra suo loco dicemus. Itaque, nisi recedamus a simplici verborum intelligentia, dicendum est, Plinii aetate nondum admissos codicillos testamento non con-

---

(a) Lib. 2. epist. 16.

(b) Vide Duarenum, disput. anniver. lib. 2. cap. 42. Balduinum in inst. lib. 2. tit. ult. Bynkershoekium libr. 8. obs. cap. 13.

firmatos; quod tamen postmodum licuit; dummodo scriberentur per fideicommissum; quos sane Paulus retulit ad tertium codicillorum modum, ut iam monuimus.

§. VII.

De peculiari iure cuique codicillorum generi accommodato; ac primum de codicillis sine testamento.

I. Expositis iam quatuor codicillorum modis, ut Paullus descripsit, sequitur modo, ut proprium cuiusque ius persequamur, quatenus inter sese discriminentur quoad varios iuris effectus cuique tributos; ideo enim Consultus eos distinguit, quod diversis quibusdam iuris regulis regantur. Ut autem rectius peculiarem illorum indolem intelligamus, placet tractationem primum instituere de codicillis sine testamento, tum descendere ad ceteros codicillos, qui testamento superadduntur. Et quamquam inverso veluti ordine hoc fieri videatur, quum inspecta eorum origine hi quidem posteriores illis fuerint, attamen quoad iuris rationem considerati qui codicilli ab intestato fiunt, primo loco exponendi videntur; quippe qui imaginem quamdam testamenti praeseferunt, ac saepissime eius naturam imitantur; quum contra codicilli ad testamentum pertinentes habeantur tamquam illius sequela, ac additamenta. Quoniam ergo primum est in iure perspicere quicquid vertit ad testamenti caussam, tum considerare illius appendices, quae profecto diversam exhibent a testamentis rationem, non immerito hic duximus exordiri a codicillis ab intestato, tamquam ab ea suprema voluntate, quae licet non solemnis, solemnis contestationis vice consideratur.

II. Quum dicimus codicillos sine testamento, intelligimus *eam minus solemnem voluntatem, qua quis ab intestato decedens fidei heredis legitimi committit*, ut

vel totam, vel partem hereditatis aliis restituat; quod ea nempe formula exprimi solebat: *Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, eius fideicommitto etc.* Ea ergo est vis, atque potestas huiusmodi codicillorum, ut si quis sine testamento decedere maluerit, possit nihilominus bona sua cui magis placuerit, relinquere per codicillos; dummodo voluntatem suam expresserit per fideicommissum, eligendo fidem heredis legitimi, qui vel totam hereditatem, vel partem restituere tenetur ea lege, quae codicillis iubetur. Mirum hic quidem prima fronte videtur, quomodo intestatus is decessisse dicatur, qui revera de bonis suis statuit quicquid post mortem suam fieri velit; utcumque enim hoc fiat per fideicommissum, re tamen ipsa non secus de rebus suis testatur, ac si conderet testamentum. Ut plenius id cognoscatur, res aliquanto altius est repetenda.

III. Iam supra innuimus, quemadmodum Augusti aetate res testamentaria novam veluti formam receperit tum usu codicillorum, tum necessaria fideicommissorum praestatione; quae tamen quum revera opponeretur veteri iuris civilis observationi, ita velari oportebat, ut in leges aperte non offenderet; ne quae moribus essent constituta legibus adversari viderentur. Ac sane ex iure XII Tabularum manaverat, ut defunctorum voluntates non secus servarentur, quam iussae testamento solemni verbis imperativis, ac civilibus, tum quoad hereditatis dationem, tum legatorum, tutelarum, ac libertatum (a). Et quamquam vel ante Augustum usus fideicommissorum coepisset, quorum ope, ut leges fraudarent, solebant testatores per manus heredis perducere bona sua ad illos, qui iure capere non poterant, tamen quum hoc penderet ex fide heredis, nec ullo iuris vinculo stringebatur; stetit propterea in supremis vetus iuris observatio. At

---

(a) Vide Cuiacium obser. 11. cap. 25. et Schulingium ad Ulpianum *tit.* 24. nota 2. et 3.

postquam Augusti auctoritate factum est, ut heredes vel inviti tenerentur ad fideicommissorum restitutionem, tum admisso quoque codicillorum usu iurisconsulti modum invenerunt, quo declinarent quidem ab iuris rigore sine expressa eius offensione; atque quum antea testari vetaretur, nisi solemni testamento, verbisque imperativis, fideicommissorum colore facultatem quoque praebuerunt testandi sine iuris solemnibus per codicillos, sive totam hereditatem, sive partem; adeo ut immutatis verborum formulis, idem fere tribueretur codicillis, quod proprium esset testamenti. Enim vero eam hereditatis dationem, quae verbis civilibus concepta testamento tantum constabat, in fideicommissi caussam conversam ad codicillos transtulerunt; et quoniam in fideicommissis necessario alterius fides eligi debuerat, adhibuerunt idcirco fidem heredis legitimi, quasi testator eos scripsisset heredes, ad quos hereditas perventura esset ab intestato, atque, ut perbelle Paulus inquit (a): *ideo fideicommissa dari possint ab intestato succedentibus, quoniam creditor paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*

IV. Hinc facile intelligimus, cur intestatus diceretur, qui codicillis omnia bona sua relinqueret. Etenim is lege testatus habebatur, qui iustam mentis suae sententiam in testamento aperiret; ac propterea ut iuris rigorem quodammodo retinerent, factum est, ut quamvis codicillis iubere permitteretur, quicquid testatori placuisset, tamen, quoniam non nisi per fideicommissum id liceret electa heredis legitimi fide, intestatum proinde eum decessisse affectabant, qui revera supremam voluntatem suam codicillis expresserat; praesertim quum testatus iure dici non posset, qui licet sponte sua hereditatem relinquere videbatur heredibus legitimis, deerat tamen expressa heredis institutio ad legis modum

(a) L. 8. §. 1. de iure codicillorum.

concepta : *potestas* enim *testamenti*, ut ait Ulpianus (a), *ab heredis institutione incipit*. Itaque codicillis sine testamento confectis utcumque ab intestato quis decessisse dicebatur, recte tamen poterat per huiusmodi minus solemnem voluntatem immutatis verborum formulis idem prorsus cavere, quod testamento liceret. Etenim re quidem ipsa tantum valet expressa heredis institutio in testamento verbis imperativis concepta, quantum tacita heredis legitimi in codicillis per fideicommissum; ac proinde non minus testari intelligitur, qui nominatim heredem instituat, quam qui si non nominatim; habetur tamen, quasi scripsisset heredem succedentem ab intestato, a quo fideicommittit. Quae quum ita sint, quid aliud intererit inter utramque testationem, nisi solemnis forma, iurisque subtilitas? Nomen quidem adscripserunt codicillis *ab intestato*, quatenus nec nominatim heres scribatur, nec alius, quam legitimus esse possit; sed si rem ipsam consideraveris, testamenti loco habentur, nisi dicas, quod ob fideicommissi rationem liceat heredibus legitimis quartam retinere. Merito ergo Paulus (b) eos ita descripsit, ut *vicem testamenti exhibeant*, quum revera testamenti indolem imitentur.

V. Posito hoc iuris principio in codicillis sine testamento, nimirum ut per fideicommissum cuique permitteretur, ut magis vellet, bona sua relinquere ex fide heredis legitimi, plura consequentia inde fluxere. Ac primo summa constituta est differentia inter hos codicillos et eos, qui ad testamentum facti dicuntur: illi quidem sponte sua consistunt, atque quum habeantur testamenti vice, suis proinde viribus recte subsistunt. Codicilli autem ad testamentum pertinentes tantum valent, quantum et ipsum testamentum constet; quum ius illius omnino sequatur; ideoque rupto te-

---

(a) Tit. 24. §. 15.
(b) L. 16. de iure codicillorum.

stamento, vel quoquo modo irrito facto, necessario et codicilli concidunt; quod ita Paulus exponit (a): *Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli; et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto ius sequuntur eius.*

VI. Deinde ex tacita illa generali heredis legitimi appellatione in ea formula contenta *quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei committo etc.* prodiit quaedam potior iuris ratio in codicillis ab intestato, quam in ipso testamento. Etenim quum habeatur, quasi scripsisset heredes omnes succedentes ab intestato sive natos, sive nascituros, fit propterea, ut agnatione postumi etsi testamentum statim rumpatur, huiusmodi tamen codicilli numquam evanescant; quisquis enim fuerit successor legitimus tum ante, tum post codicillos natus, tamquam in intestati voluntate comprehensus videtur, ideoque non rumpuntur. Atque, ut Julianus inquit (b): *si quis quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: Quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, eius fidei committo: fideicommissa praestari debent, quia paterfamilias, qui testamenti factionem habet, et codicillos faceret, perinde haberi deberet, ac si omnes heredes eius essent, ad quos legitima eius hereditas, vel bonorum possessio perventura esset. Sed et si post codicillos factos natus quis esset proximus adgnatus, vel suus heres, fideicommissum praestari debebit; intelligitur enim is quoque heres scriptus, et ideo non perinde habendus est, ac si rupisset hos codicillos.* Quod et Paulus ita confirmat (c): *ab intestato factis codicillis relicta etiam postea natus intestati successor debebit; quicumque enim ab intesta-*

(a) Cit. l. 16. de iure codicillorum.
(b) L. 3. de iure codicillorum.
(c) Cit. l. 16. eodem tit.

to successerit, locum habent codicilli; nam unus casus est, nec interest, quis succedit, dum intestato succedat. Unus casus est, inquit, in quem omnes comprehendi videntur; nimirum si quis ab intestato heres extiterit, ac proinde quoad cuivis legitimo successori sit locus, quisquis ille sit, codicilli numquam evanescunt; quod tamen non obtinet in testamentis, quibus heres certus instituitur (a). Idem probatur, si testator neglecta generali formula *quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor* cum eo tantum loquatur in codicillis, cui relinquit, puta si dixerit: *peto Cai Sei contentus is illa re, aut volo tibi illud praestari* (b); nam in fideicommissis, in quibus voluntas magis, quam verborum formulae, spectantur, *quaeri non oportet*, inquit Papinianus (c), *cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur*; tacite enim intelligitur, a quovis herede legitimo petiisse fideicommissi praestationem. Quod si nominatim elegerit fidem alicuius ex legitimis heredibus, puta: *rogo Seium filium meum, ut praestet Titio centum*, fideicommissum quidem consistit, sed repudiante filio, si ad alium successio devolvatur, codicilli, uti et fideicommissum evanescunt; nam qui rogatus non est, fideicommisso non obligatur, atque electa fide certae personae, nequit ad alios transferri, quod ita explicat Ulpianus (d): *illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere; et ita imperator noster rescripsit.* (e)

(a) Vide Cuiacium in lib. 21. quaestionum Pauli ad l. 16. de iure codicillorum.

(b) Paulus recept. sent. lib. 4. tit. pr. §. 5. et l. 69. de legatis 3.

(c) L. 77. §. 26. de legatis 2.

(d) L. 1. §. 9. et 10. de legatis 3.

(e) Vide Cuiacium obser. lib. 2. cap. 3.

VII. His ita perspectis de iure codicillorum sine testamento, quum, ut diximus, idem revera permitteretur testatoribus in huiusmodi codicillis per verba precaria, quod imperativo modo admittebatur in solemni testamento, ita ut praeter verborum formulas, iurisque solemnia nil vetabatur in codicillis relinquere, quod testamento liceret, tanta proinde facta est affinitas inter utramque testationem, ut non facile distingueretur, quid revera testator scribere intellexerit, an testamentum, an codicillos ab intestato. Haec autem voluntatis quaestio locum habet, quum testator neglectis iuris solemnibus quasi codicillos conficiat, iisque adiiciat heredis institutionem, quae sane testamento tantum permittitur, nec codicillis adhiberi potest, nisi conversa in caussam fideicommissi. Hinc dubitabatur, an quantum ad testatoris consilium huiusmodi testationes accipiendae sint, tamquam si testamentum condere existimaverit, an potius codicillos ab intestato? Et quidem multum intererat hoc definiri; nam si testamenti loco haberentur, inutilis prorsus fieret testatoris voluntas tamquam iniusta, sive non solemniter declarata; sin codicillorum, tum relicta valebant fideicommissi nomine ab legitimis heredibus praestanda, ac proinde si dicatur, testatorem revera testamentum facere intellexisse, concidunt omnia, quae scripsit; sin codicillos magis relinquere velle credatur, devoluta hereditate ad legitimos, in vim fideicommissi hi coguntur eamdem restituere scriptis heredibus. Sed praestat Papinianum audire, qui rem omnem una sententia complexus esse videtur (a): *Tractari solet*, inquit, *de eo, qui quum tabulas testamenti non fecisset, codicillis ita scripsit: TITIUM HEREDEM ESSE VOLO. Sed multum interest, utrum fideicommissariam hereditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit; an vero testa-*

(a) L. 13. §. 1. de iure codicillorum.

mentum facere se existimaverit : nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit . Recte hic Cuiacius animadvertit (a), dubitationem in hac specie augere illud verbum *volo*, quod precativum erat; ut non immerito argumentari potuerit, testatorem intellexisse, fideicommissariam magis hereditatem per codicillos relinquere; in testamentis enim institutio imperative fieri debet. In hac ergo rerum ambiguitate optime Papinianus tradidit, hoc pertinere ad voluntatis quaestionem; ideoque ex coniecturis ductis ex testatoris mente res erat definienda : *Voluntatis autem quaestio*, subdit, *ex eo scripto plerumque declarabitur*; *nam si forte a Titio legata reliquit*, *substitutum adscripsit*, *heres si non extitisset*, *sine dubio non codicillos*, *sed testamentum facere intelligitur*. Mens igitur testatoris exploranda videtur, an revera codicillos facere existimaverit, an testamentum, quod non nisi ex coniecturis percipietur; si enim, ut recte Papinianus monuit, vel legata reliquerit, vel heredi substitutum adiungat, tum profecto dicemus, testamentum, non codicillos facere voluisse; datio enim legatorum ab herede relicta, vel substitutio quum nequeant referri ad codicillos ab intestato, satis declarant de testamento cogitasse; ideoque relicta in huiusmodi scriptura non valebunt quidem, tamquam ex codicillis, quum appareat, testatorem haud intellexisse facere codicillos; nec ex testamento, veluti confecto sine iuris solemnibus. Huc quoque respexit Diocletianus, quum rescripsit (b); *non codicillum*, *sed testamentum aviam vestram facere voluisse*, *institutio*, *et exheredatio facta probant evidenter*. Similem quidem dubitationem imperatori proposuerant: qui tamen ut in facto cognovit, institutionem, quin et exheredationem quoque adesse, recte statuit, testamentum revera a-

(a) Lib. 19. quaestionum Papiniani ad cit. loc. 13. de iure codicillorum.
(b) Lib. 14. C. de testamentis.

viam facere intellexisse, non codicillos; quum haec ad primam testationem omnino pertineant. Sed cur Papinianus ait *plerumque*? quia non semper hoc poterit diiudicari ex contentis in ipsa scriptura, tumque necessario recurrendum ad alias coniecturas. Quo quidem spectat species a Paulo proposita, quum inquit (a): *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli, quam testamentum existimandae sint*; testamenti namque ratio non patitur, partim nuncupari, partim in tabulis conferri, nec tabulas testamenti recte dixeris, quibus desit heredis institutio; ideoque in hac specie magis codicillos fecisse intelligitur, quam testamentum.

§. VIII.

De testamentis in codicillos ab intestato transformandis. Sive de clausula, quam vocant CODICILLAREM.

I. Nemo ignorat, quae, quantave fuerit apud veteres scrupulosa iuris observatio in testamentis condendis, quove studio perpendere oportebat tabularum rationem, ne ob neglectam vel minimam iuris subtilitatem suprema iudicia subverterentur: atque, ne facile conciderent defunctorum voluntates, saepissime adhibebatur iurisperiti consilium, qui arte sua occurreret, quo tabulae peccare viderentur. Hinc introductis codicillis ab intestato, quoniam horum ratio non distabat a testamenti caussa, nisi quantum ad iuris solemnia, variasque verborum formulas; modum quidem excogitarunt, quo testamenta ipsa in codicillos transformari possent, ut si ob iuris umquam rigorem ruerent tabulae testamenti, praesto esset codicillorum ratio, qua

---

(a) L. ult. de iure codicillorum.

voluntas sustentaretur. Hoc quidem factum est ope cuiusdam clausulae, vulgo *codicillaris* dictae, quam testamento adiicere solebant, cuiusque vi inductum est, ut sublata testati caussa, sive quod testamentum esset imperfectum, sive quod non esset iure factum, staret saltem defuncti iudicium, veluti ex codicillis ab intestato: tumque successione conversa in caussam fideicommissi, constabat quidem voluntas in testamento scripta, non tamen ex testati, sed intestati ratione; ita ut recte posset peti ab heredibus legitimis per fideicommissum, quod directe non liceret ex inutili testamento. Summa ergo est, ut quum codicilli ab intestato immutatis verborum formulis testamenti potestatem re ipsa exprimerent, facile fuit convertere voluntatem in testamento nullo expressam in codicillorum rationem; atque adhibita clausula, ut nempe ea voluntas valeret *etiam vice codicillorum*, ubi testati ratio deficeret ex iuris rigore, statim succederet intestati regula benignior, tamquam ex codicillis, qua eadem voluntas sustentari valeret per fideicommissum.

II. Haec autem clausula, ut tradit Ulpianus, ita potissimum concipi solebat (a): *volo, hoc etiam vice codicillorum valere*, quasi dixerit, se quidem testamentum facere intelligere; quod si ob fortuitos casus, qui contingere poterant, tabulae testamenti non valerent, tum eius voluntatem valere velle *etiam vice codicillorum*, tamquam si codicillos, non testamentum fecisset. Idem quoque probarunt, si clausula non expresse adiiceretur, sed tacite; quum nempe aliunde constiterit, testatorem omnimodo intellexisse, se valere velle, quae in illa scriptura reliquerit *in omnem successionis speciem*, quod tamen pluribus exemplis demonstrabimus. Primum est in specie a Paulo proposita (b): *Ex his verbis*, inquit, *quae scripturae paterfamilias addit*: *HOC TE-*

(a) L. 3. de testamento militis.
(b) L. 29. §. 1. qui testamenta facere possunt.

STAMENTUM VOLO ESSE RATUM QUACUMQUE RATIONE POTERIT, *videri eum voluisse*, *omnimodo valere ea*, *quae reliquit*, *etiam si intestatus decessisset*; illud enim *quacumque ratione poterit* satis declarat, testatorem de utraque successione cogitasse, tum ex testamento, tum ex codicillis ab intestato. Alterum exhibet Scaevola de quodam testamento non iure facto; in quo tamen testator ita declaraverat (a): *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius sequutus, quam miseram diligentiam* (b); *et si minus aliquid legitime, minusque perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Deinde heredes instituit. Quaesitum est, intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex caussa fideicommissi peti possunt? Respondi secundum ea, quae proponerentur, posse.* Hoc quidem testamentum etsi non iure factum dicebatur, tamen quoniam testator posthabita iuris scrupolositate ostenderat, ratam haberi velle voluntatem suam, licet minus legitime, minusque perite testatus esset, recte Scaevola respondit ex caussa fideicommissi tamquam ex codicillis servari debere quicquid esset iniusto testamento scriptum ita ut devoluta successione ad haeredes legitimos, ex horum fide praestarentur heredibus scriptis portiones sibi in testamento adscriptae (c). Ultimum affert Papinianus in haec verba (d): *Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum iu-*

(a) L. 88. §. 17. de legatis 2.

(b) Solebant quidem iurisperiti testamenta dictare, iisque adesse; quare Cicero lib. 2. de oratore cap. 6. ita Scaevolae illudit: *Si nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus: omnium testamenta tu scribes unus.*

(c) Vide Cuiacium lib. 3. respons. Scaevolae ad cit. l. 88. §. 17. de legatis 2.

(d) L. 77. §. 23. de legatis 2.

risiurandi religione praestari rogaverat. Quum testamentum nullo iure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa respondi; nam ENIXAE VOLUNTATIS PRECES AD OMNES SUCCESSIONIS SPECIEM PORRECTAE VIDEBANTUR. In hac specie quoque testamentum iure non constabat, sed quoniam testator heredem obstrinxerat cum iurisiurandi religione ad praestationem fideicommissorum, idcirco devoluta successione ab intestato ad ipsam matrem heredem scriptam in testamento, Papinianus putavit, fideicommissa omnino deberi quasi ex codicillis, ea eleganti ratione, quod enixae preces testatoris, quibus vel iureiurando matrem rogaverat, ut fideicommissa praestarentur, porrigi debuerant *ad omnem successionis speciem* tum nempe ex testamento, tum ab intestato; qui enim quid dari precatur enixae voluntatis significatione, is omni modo id valere velle ostendit, quod perinde habetur, ac si dixerit, voluntatem suam valere velle *quacumque ratione poterit* (a).

III. Ex adductis autem iuris locis manifestissime apparet non aliter testamenta transformari in codicillos, nisi clausula vel expresse adiiciatur, vel tacite intelligatur; quod tamen tum colligere licet, quum aliunde constiterit, eam revera fuisse testatoris mentem, ut cogitaverit nedum de successione ex testamento, sed ab intestato ex codicillis. Alioquin si nullum appareat voluntatis indicium, ita testatorem sensisse, nihil prorsus debetur ex iniusta testamenti scriptura, nec tabulae perduci poterunt ad codicillos. Quod ita definit Ulpianus (b): *Saepissime rescriptum, et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, NEC VOLUIT QUASI CODICILLOS ID VALERE, videri*

(a) Vide Cuiacium lib. 8. respons. Papiniani ad cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

(b) L. pr. de iure codicillorum.

nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur. Etenim iuris ratio non patitur, defuncti iudicium porrigi ad illam successionis speciem, de qua non cogitavit, nec benigna codicillorum caussa efficiet, ut ea voluntas rata habeatur quacumque ratione poterit, quum testator ita se velle non significaverit: hoc enim non esset sequi, sed adversari magis illius voluntati. Quod adeo in iure perspicuum est, ut vel si fideicommissa scripta sint in testamento imperfecto sine clausolae adiectione vel expressa, vel tacita, negat Ulpianus ea deberi quasi ex codicillis (a): *Quotiens*, inquit *quis exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat*, quod et Paulus etiam comprobavit (b); quum tamen si clausula adiecta sit in testamento imperfecto, idem Ulpianus fatetur deberi, quod in illo scriptum reperitur vice codicillorum (c). Fideicommissorum quidem caussa efficere nequit, ut testamenta in codicillos converti valeant; quum hoc tantum pendeat ex testatoris arbitrio, cuius iudicium omnino sequi oportet.

IV. Sed quid dicemus de quadam imperiali sententia a Paulo relata, qua contrarium statui videtur? Species est: Quidam in testamento, alumnae suae, quam summe dilexerat, libertatem dedit, ac fideicommissa quoque reliquit; quum autem testamentum esset imperfectum, nec testator cogitasset de successione quasi ex codicillis, quaerebatur, an delata hereditate ab intestato, alumna manumitti deberet, eique fideicommissa praestanda veluti ex codicillis? Et Imperator af-

---

(a) L. 11, §. 1. de legatis 3.

(b) Cit. l. 29. qui testamenta facere possunt, et l. 7. C. Theodosian. de testamentis, et codicillis.

(c) Cit. l. 3. de testamento militis.

firmavit (a) : *In testamento*, ait Paulus, *quod perfectum non erat alumnae suae libertatem, et fideicommissa dedit. Quum omnia, ut ab intestato egissent, quaesiit Imperator, an ut ex caussa fideicommissi manumissa fuisset? et interloquutus est*: *ETIAMSI NIHIL AB INTESTATO PATER PETIISSET, PIOS TAMEN FILIOS DEBUISSE MANUMITTERE EAM, QUAM PATER DILEXISSET. Pronunciavit igitur, recte eam manumissam, et ideo fideicommissa etiam ei praestanda.* Cuiacius arbitratur (b), id quidem admissum in gratiam alumnae, quam testator dilexerat loco filiae; hic autem agi de testamento inter liberos, in quibus licet imperfectis constant tamen relicta quantum ad portiones iisdem filiis adscriptas (c). Quamvis ergo clausulam pater non adiecerit, nihilominus quantum ad alumnae personam a testatore dilectam, creditur, voluisse omni modo valere etiam ab intestato, quod alumnae reliquit; atque hinc colligit Cuiacius, relicta in testamento imperfecto sine clausulae adiectione recte valere, non modo quoad filios, sed et propinquos, uxorem, alumnos, ceterasque personas, quibus verisimile est omni modo praestari testatorem voluisse etiam ab intestato. Attamen meo iudicio ausim affirmare, hoc referri debere ad speciale imperatoris decretum pronuntiatum favore libertatis in gratiam alumnae a testatore dilectae, licet ex consequenti fideicommissa quoque praestari iussisset. Consideratio quidem benevolentiae testatoris erga alumnam effecit, ut favore libertatis manumissio transferretur ad quamcumque successionis speciem, quando vel fidei-

---

(a) L. 38. de fideicommissariis libertatibus.

(b) Ad cit. l. 29. qui testamenta facere possunt.

(c) Hodie ex novella 107. ex imperfecto testamento inter liberos valent etiam legata, et fideicommissa extraneis relicta, si modo testamentum sit holographum, ac testibus ipsis palam fuerit nuncupatum.

commissa praestari oportebat, ait enim Paulus: *Pronunciavit igitur, recte eam manumissam et ideo fideicommissa etiam ei praestanda*; si enim favore libertatis manumissio debebatur ab intestato, caussa non erat, cur fideicommissa quoque non praestarentur. Quare, quod in hac specie pronunciatum est in gratiam manumissionis alumnae, haud crediderim sine clausulae adiectione perduci potuisse ad ceteras personas tamquam a testatoribus dilectas.

V. Quam hactenus doctrinam exposuimus de clausula *codicillari*, sive de testamentis in codicillos transformandis ex limpida Romanorum iurisprudentia, non sine rei forensis pernicie conturbavit pragmaticorum insolentia. Hi quidem quum, ut solent, non viderint, unde huiusmodi clausula derivasset, quove iuris principio sustentaretur, nec proinde perspectam habuere eius vim, atque potestatem; ut nil mirum, si eam undique lacerarint excitatis tot futilibus quaestionibus, quot respicere poterant inutilem testamentorum caussam, quasi ubi testamenti ratio deficeret, statim dubitatio moveri liceat, an relicta saltem valere possent vice codicillorum; atque ex una in alteram quaestionem progredientes, eo tandem clausulae vim adduxere, ut inter tot opinionum dissentiones haud amplius agnoveris, quid eius nomine veniat, quo respiciat, cuiusque sit momenti in supremis voluntatibus. Sed ne hic silentio praetereamus, quod ad fori usum conducere possit, non verebimur in re tam perturbata manum quoque admovere, ut si liceat, ex solida iuris doctrina, quam attulimus, dignoscamus, quid revera statuendum sit de huiusmodi pragmaticorum quaestionibus.

VI. Ac primo antequam eas disputationes attingamus, quae in iure magis consistunt, praemittendum est, quod potissimum ad factum pertinet; nimirum quemadmodum usus clausulae *codicillaris* locum sibi vindicet in iis testamentis, in quibus eius adiectio dubitetur ex consueta magis notariorum formula acces-

sisse, quam ex mente testatoris. Huic quidem dubitationi facile respondeo cum Papiniano (a), hanc nempe voluntatis esse quaestionem, an revera testator intellexerit utramque successionis speciem comprehendisse, an eo ignorante notario magis illam adiungere placuerit; perspicui namque iuris est, ut vidimus, hoc prorsus pendere ex testatoris arbitrio, cuius tantum est eligere vel unam, vel utramque successionis speciem (b). Quod autem voluntatis spectat quaestionem, ridiculum esset sub certa regula complecti; ex facti enim circumstantiis consideratis etiam regionum moribus iudicis erit cognoscere secundum ea, quae proponantur, quid revera testatorem sensisse dicatur: ideoque ex nota iuris regula, quod testamenta nequeant transferri in codicillos, nisi constiteterit, eam revera fuisse defuncti voluntatem, ut relicta in illis *quacumque ratione valerent*, facile intelligimus, quid respondendum videatur in huiusmodi quaestionibus, quae spectant voluntatis interpretationem.

VII. Huic simile est alterum quaestionum caput, quando nempe clausula, etsi non adiecta verbis expressis, tacite inesse intelligatur. Iam satis longo sermone ostendimus, quemadmodum iurisconsulti interpretati sint hanc tacitam clausulae intelligentiam: nimirum ut non secus admittatur, quam si aliunde appareat, testatorem de utraque successione cogitasse, quod tamen illustravimus pluribus exemplis ex iuris libris collectis (c), quaeque hic iterum non licet repetere. Quod autem autumant, an clausula inesse videatur in testamentis inter liberos, militum, ad pias caussas, ceterisve testationibus huiusmodi naturae, mirum quidem est ad clausulae vim referri, quod iis tribuitur ex

---

(a) Cit. l. 13. §. 1. de iure codicillorum.
(b) Cit. l. 1. de iure codicillorum.
(c) Cit. l. 29. §. 1. qui testamenta facere possunt. cit. l. 88. §. 17. et cit. l. 77. §. 23. de legatis 2.

speciali iure. Etenim ubi necessaria est solemnis iuris observatio in supremis, ibi oportuit clausulam adiicere, ut ita, si non valerent relicta ex testamento, saltem constarent ex codicillis, tamquam non solemnibus, inque benigniorem caussam collatis. At in illis supremis contestationibus, quae vagantur extra iuris solemnia, ac rigorem, prorsus non video, qui sit clausulae locus. Ac sane quum miles vel nullum, vel imperfectum fecerit testamentum, an ideo dixeris voluntatem consistere, quod haec vi clausulae tacitae intellectae habeatur vice codicillorum? Quid magis ineptius, quam in militis testamento confugere velle ad codicillos; quum quoquo modo miles testetur, nuda eius voluntas spectetur? Sive ergo miles testamentum, sive codicillos fecerit, unum idemque est testationis genus quoad iuris observationes, quae in paganis exiguntur; ideoque tantum valent testamenta, quantum codicilli, ut proinde opus non sit ad codicillos convertere ea testamenta, quae sive imperfecta sint, sive iniusta, iure suo subsistunt. Idem quoque dicendum est de ceteris testationibus, in quibus ex peculiari privilegio nec iuris solemnia attenduntur, nec rigor, sed remissius considerantur. Atque in summa quibus permissum est testari extra rigidam testamentorum observationem, sive existimet testator testamentum condere, sive codicillos, una semper habetur utriusque ratio; ideoque frustra est clausulam *codicillarem* in scenam producere, quum non agitur de transformando uno in alterum testationis genus, quo illud sustentetur. Nec in testamento, puta inter liberos, si imperfectum sit vel non rite factum, successio habetur ab intestato quasi ex codicillis, sed ex ipso testamento, utpote quod consideratur extra iuris rigorem.

VIII. Restat, ut videamus eas iuris quaestiones, quas pragmatici excitarunt de vi huius clausulae, sive quid haec revera importet quoad iuris effectus. Hae quidem quaestiones totidem esse poterunt, quot spectant ius codicillorum sine testamento; ut enim iam demonstra-

vimus, non aliud per clausulam *codicillarem* in iure intelligi, nisi, ut testamenta in codicillos transferrentur. Quare quidquid de horum iure dictum est, necessario tribuemus illi testamento, quod in eorum vertitur naturam: tantum enim valet quod quis reliquerit codicillis ab intestato, quantum ipso testamento, quod consistit vice codicillorum, ac propterea tantam vim huic clausulae iure concesserimus, quanta iure data est ipsis codicillis sine testamento; quum nec aliud sit converti testamenta in codicillos, quam perinde haberi, ac si codicillos quis revera fecisset. Itaque quum quaerimus, quid vi clausulae *codicillaris* veniat, idem est, ac si exquiratur ius codicillorum ab intestato, quod tamen iam latius exposuimus. Vidimus quidem, quid differret a testamentorum ratione, quove conveniret; tum proprium eorum ius examinavimus, quatenus ab ceteris codicillis distinguatur, adeo ut nihil fortasse hoc loco exponendum relinquatur, quod aeque non pertineret ad clausulae potestatem considerandam. Attamen videamus, quae sint hac de re potissima inter pragmaticos dissidia, quibus tanta animi contentione huc illuc fluctuarint. Quatuor quaestionum capita profert Harprechtus (a) utrimque disputata ab innumeris fere doctrinae forensis scriptoribus, quae tamen brevi expediemus, ne longius cum iis ineptire videamur.

IX. Prima est, an per clausulam codicillarem consistat quidem testatoris voluntas quasi ex codicillis, si repudiata successione a legitimis heredibus proximioribus, hereditas ad remotiores devolvatur? In dubium quidem verterunt, quod aperto iure manifestum est. Etenim in codicillis ab intestato sive proximior, sive remotior successerit, aeque semper codicilli constabunt; *quicumque enim ab intestato successerit*, inquit Paulus (b), *locum habent codicilli: nam UNUS CASUS*

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1. n.9. et seq.
(b) In cit. l. 16. de iure codicillorum.

EST, NEC INTEREST QUIS SUCCEDIT, DUM INTESTATO SUCCEDAT. Vel ergo Pragmatici non satis viderunt, quid possent codicilli ab intestato, vel falso opinati sunt, per clausulam codicillarem quid diversum venire ab ipsa codicillorum natura. Quod si recurrant ad eam Ulpiani sententiam (a), qua dicitur fideicommisso relicto ab eo, qui primo gradu successerit, si is hereditatem repudiaverit, quae proinde ad alterum gradum devolvatur, successor remotior illud non debebit, ea nempe de caussa, quia defecit persona certa, a qua fideicommissum est relictum, confundent profecto fideicommissi rationem cum clausula codicillari. Ulpianus quidem hic agit de eo, qui ab intestato decedens fideicommissum codicillis reliquerit a primo gradu, indeque illo repudiante ad ulteriorem gradum devolvatur successio. Quid quaeso hoc ad clausulam *codicillarem*? Diversum est fideicommittere ab intestato ex persona certa, ac generali formula *quisquis mihi heres erit*, sive haec exprimatur, sive tacite intelligatur; primo enim casu evanescit fideicommissum, persona certa repudiante, altero vero debebitur, quisquis ille sit, qui succedat, sed hoc respicit magis fideicommissi, qua codicillorum rationem. Itaque, ut ad quaestionem revertamur, finge, quem testamentum nullum fecisse, quod per clausulam in codicillos vertatur; si quaeras, an repudiata successione ab uno ex legitimis, alter teneatur in vim fideicommissi praestare quicquid testator iusserat, nemo sanus hoc negaverit; perspicui enim iuris est, delata successione ab intestato, quisquis ille sit qui successerit, sequi debere testatoris voluntatem veluti ex codicillis, quasi testator omnes legitimos scripsisset heredes. Si vero ponas, patrem, puta, instituisse heredem in testamento nullo filium suum, ab eoque nominatim fideicommissum reliquisse, atque per clausulam *codi-*

(a) Cit. l. 1. §. 9. et 10. de legatis 3.

cillarem ad eumdem filium ab intestato devoluta sit successio, quo tamen repudiante ad ulteriorem gradum haec pervenerit, tum ex Ulpiani sententia negamus, fideicommissum deberi a legitimo remotiore, non quia per clausulam *codicillarem* fideicommissi praestatio non porrigatur ad quemcumque successorem legitimum; hoc enim adversatur expresso iuri de codicillis ab intestato, ut supra ostendimus; sed quia fideicommissi ratio non patitur, ab uno *nominatim* relictum ad alterum transferri (a).

X. Altera quaestio est: an praeteritione postumi inscienter facta in testamento, constare possit voluntas per clausulam *codicillarem*? Iterum pragmatici non distinguentes clausulae vim ab relicti ratione rem perturbate disputarunt. Si quaerant, an ex huiusmodi praeteritione postumi consistet quidem voluntas tamquam ex codicillis ab intestato, aperta sunt iuris loca, quibus statuitur, agnatione postumi codicillos non rumpi ad differentiam testamenti, ut iam monuimus (b); et quoniam per clausulam *codicillarem* efficitur, ut testamentum transformetur in codicillos ab intestato, manifestissimum est, huiusmodi voluntatem per clausulam in codicillos conversam haud evanescere agnatione postumi. Quod si quaeratur, an relicta in illa voluntate praestari debeant a postumo, quum eum testator omnino ignoraverit, perspicua prostat Marcelli sententia, qua hoc negatur; ita ut non videam, quo pacto id in dubium revocetur. Atque duas species Consultus proponit (c); prima est: pater quum scriberet codicillos sine testamento, unum filium ha-

(a) Vide Cuiacium in lib. 39. digestorum Iuliani ad l. 5. de iure codicillorum.

(b) Iulianus in l. 3. de iure codicillorum, et Paulus l. 16. eodem.

(c) L. 19. eodem. Vide etiam Papiniani speciem in l. 11. eodem.

bebat, sed decessit tempore, quo alter filius iam natus esset; codicillos quidem, inquit, non evanuisse agnatione postumi, sed quoad relicta in illis partem dimidiam tantummodo praestabit ille filius, ad quem codicilli scripti erant; non enim postumus praeteritus compelli potest ad praestationem alterius medietatis, veluti non consideratus a testatore,[1] quum codicillos conficeret. Altera est, si decesserit duobus filiis relictis, quum tamen putaret alterum eorum praemortuum; idemque hoc casu respondet eadem ratione; nisi quod Marcellus autumabat omnia praestari debere a filio, ad quem scripti essent codicilli: Ulpianus vero partem dumtaxat. Quod autem pro parte praestari non poterit, nihil debebitur. *Is, qui unum filium habebat*, inquit Consultus, *quum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus herede eo, et quem postea procreavit. Agnatione sui heredis nemo dixerit, codicillos evanuisse. Igitur si nihil tum de postumis speravit, et codicilli non evanescent, et quae relicta sunt, pro parte dimidia filius, ad quem codicillus factus est, solvere compellitur, non etiam postumus. Sed et si codicillos reliquisset duobus superstitibus filiis decedens, quum putaret, alterum ex his prius decessisse; simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli, atque si solus heres extitisset patri*: (Ulpianus notat) *immo dumtaxat partem debet. Eorum tamen, quae pro parte praestari non possunt, nihil eorum praestandum, quoniam illi non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum*. Itaque ex apertissima hac Consulti sententia quisque videt, agnatione postumi numquam rumpi codicillos; licet relicta pro parte dimidia ab altero successore praestabuntur, non item a postumo, ad quem non sunt scripti codicilli; ideoque diversum est quaerere, an testamentum in codicillos transformatum penitus evanescat agnatione postumi, an a postumo relicta debeantur, quamquam

quoad utramque quaestionem definitio satis aperte appareat ex libris iuris.

XI. Tertia est, an clausula *codicillaris* efficere possit, ut praeterito filio in testamento, aut iniuste exheredato, consistat voluntas in vim fideicommissi, veluti ex codicillis ab intestato? Quicquid pragmatici garrint, perspicuum est ex duobus iuris locis voluntatem omnino evanescere, nec locus erit successioni quasi ex codicillis ab intestato. Hoc quidem aperte notat Paulus in Scaevolam (a), et manifestius comprobat Claudius in eumdem Scaevolam his verbis (b): *Nec fideicommissa ab intestato debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constituisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse: ideoque NEC ALIUD QUID PERTINENS AD SUPREMA EIUS IUDICIA VALET.* Et quidem clausula *codicillaris* apta est ad transformanda testamenta in codicillos, vel quum solemnia non sint, vel imperfecta, ut principio animadvertimus; attamen nequit efficere, ut constet voluntas inofficiosa. Nam qui filium iniuste exheredat, vel praeterit, non sanae mentis fuisse videtur: qui autem tamquam furiosus consideratur, nec testamentum, nec codicillos recte conscribit; ideoque nequit consistere furiosi voluntas ex quavis successionis specie sive ex testamento, sive ex codicillis ab intestato. Et quoniam per clausulam *codicillarem* nil aliud testamenta exhibere valeant, nisi codicillos ab intestato, ubi consultus negat deberi fideicommissa *ab intestato* relicta ab eo cuius iudicium de inofficioso arguitur, satis liquet, hoc superari non posse a clausula *codicillari*; quum ipsi codicilli ab intestato penitus evanescant (c).

(a) L. 13. de inofficioso testamento.
(b) L. 36. de legatis 3.
(c) Vide Cuiacium ad l. 29. qui testamenta facere possunt.

XII. Quarta demum huic consequens est, nimirum si instituta a fratre turpi persona testamentum inofficiosum dicatur, quod tamen per clausulam converti queat in codicillos. Cuique patet, eamdem esse iuris rationem in hac specie; ideoque ne frustra in re certa amplius laboremus, quicquid dictum est de inofficioso testamento per praeteritionem, aut iniustam filii exheredationem, accomodatur inofficioso testamento persona turpi instituta; quum aeque testator veluti furiosus iure habeatur; ideoque nec codicilli ab intestato constabunt.

XIII. Pudet descendere ad cetera quaestionum capita ex rabularum officina profecta; veluti quid iuris sit, si clausula concepta sit per verba praesentis temporis, puta: *si non valet uti testamentum etc.* vel futuri: *si non valebit*, aliaque huiusmodi, quae sane vel extranea sunt, vel falso referuntur ad clausulae naturam, nec nisi ridiculis verborum captiunculis pertractantur; quum alioqui satis sit exposuisse sinceram illius potestatem, qualis ex limpida iuris doctrina proficiscitur. Unum tantummodo hic ultimo loco monuerim, nimirum quod etsi iure pandectarum testamenta non solemnia transformari poterant per clausulam in codicillos, novo tamen imperatorum iure quum codicillis solemnitas quoque adiecta sit, licet a testamentis diversa, ut sequenti capite latius ostendemus, necessario proinde consequitur, iure novo clausulam non secus vim suam experiri, nisi in testamento saltem adhibeantur ea solemnia, quae in codicillis exiguntur, quod sane communiter receptum est, nostrisque moribus utimur.

§. IX.

De iuris norma aeque accomodata omnibus codicillis ad testamentum pertinentibus ad differentiam codicillorum sine testamento.

I. Hactenus de iure codicillorum ab intestato, sive considerentur facti sine testamento sive testamenta ipsa in illos transformentur per clausulam *codicillarem*; praestat modo, ut ad eos codicillos, qui ad testamentum pertinent, accedamus. Quum autem codicillorum, qui ad testamentum fierent, tres modos Paulus distinxerit, ut vidimus: nimirum aut testamento confirmatos in futurum, aut in praeteritum, aut non confirmatos, quum nempe per fideicommissum conciperentur; antequam ad huiusmodi peculiares modos descendamus, quatenus inter sese discriminantur, opportunius duximus hic prius animadvertere generalem iuris normam omnibus communem, quaeque eos prorsus distinguit a codicillis sine testamento.

II. Traditum est, omnes codicillorum species ad testamentum pertinentes, sive anteriores, sive posteriores sint testamento, sive in eo confirmati, sive non confirmati, uno iuris principio haerere, ut nempe considerari debeant, tamquam testamenti appendiculae, atque sequela. Quo factum, ut iurisconsulti unam, eamdemque regulam omnibus constituentes, ita loquuntur: eos quidem *partem testamenti intelligi* (a), *ius testamenti sequi* (b), *viresque suas ex testamento capere debere* (c). Ac sane eo vertitur discrimen inter hos codicillos, ac illos sine testamento;

(a) L. 11. testamenta quemadmodum aperiantur.
(b) L. 16. de iure codicillorum.
(c) L. 3. §. 2. eodem.

hi enim quum suis viribus subsistant, vicem proinde exhibent testamenti, ac codicilli ad testamentum facti adeo considerantur tamquam illius partes, ac sequela, ut necessario ius testamenti omnino sequantur. Hinc destituto, iniusto, rupto, irrito facto testamento, statim et codicilli una concidunt; tum quia deficit id, unde vires accipiant, tum quia dum totum ruit, et partem corruere necesse est. Quotquot ergo modis fieri potest, ut caussa testati ad intestati caussam devolvatur, totidem et codicilli ad testamentum facti ipso iure deficiunt; ut enim Paulus inquit (a): *ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto ius sequuntur eius* (b). Dixi communem hanc regulam esse codicillis testamento confirmatis, tum non confirmatis; idcirco scripsit Julianus (c): *Testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit.*

III. Ex his consequitur, ut qui falsum testamentum dixerit, nec obtinuerit, sicuti repellitur ab hereditate, tamquam indignus, ita a relictis quoque in codicillis licet testamento non confirmatis: *Qui principale*, ait Paulus (d), *testamentum arguit, et a secundis tabulis repellendus est, item a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis.* Etenim qui totum improbat, et partem quoque improbare videtur; ideoque si repellitur tamquam indignus ab hereditate, necessario et repellendus est ab relictis in codicillis, etsi hi non fuerint

(a) L. 16. eodem.
(b) Vide etiam l. 3. §. 2. et l. 14. eodem.
(c) Cit. l. 3. §. 2.
(d) L. 5. §. 14. de his, quae ut dignis etc.

testamento confirmati; nam sive confirmati, sive non confirmati partes aeque testamenti intelliguntur, eiusque ius sequuntur. Contra vero, qui partem tantum improbat, totum improbasse non videtur; pars enim toto accedit, non contra: ideoque, ut recte definit Papinianus (a): *Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur*, quum non videatur improbasse testamentum, qui codicillos tantum arguat (b). Quare utcumque codicilli conficiantur testamento facto, aeque semper ex ipso testamento vires capiunt, eiusque partes omnino considerantur.

§. X.

Quo iure distinguebantur codicilli testamento confirmati a non confirmatis.

I. Perspecta generali regula de codicillis ad testamentum pertinentibus, proximum est, ut accedamus ad ius uniuscuiusque peculiare, servata ea faciliori methodo, qua rectius penetrare possimus in abstrusiores iurisconsultorum sententias proditas de vario horum codicillorum iure. Atque ne rerum confusione involvamur, consulto duximus hic primum perpendere diversam iuris rationem in codicillis confirmatis, ac non confirmatis testamento; quippe qui quodammodo inter se opponuntur; deinde sermonem flectemus ad codicillos confirmatos, vel in praeteritum, vel in futurum.

II. Quod autem spectat confirmatos ac non confirmatos testamento, res non ita expedita est, ut ex libris iuris primo veluti aspectu cognosci possit. Tribo-

(a) L. 15. eodem.
(b) Vide Cuiacium in lib. 6. responsorum Papiniani ad cit. l. 15. de his, quae ut indignis etc.

nianus quidem, cui in mentem venerat veterum sententias ita colligere, ut non viderentur omnino dissentire ab nova imperatorum voce, plurima sane vel abstulit, vel resecavit; atque hac in re potissimum vel non integra prostant, vel adeo confusa, atque permixta, ut difficillimum sit, quae vel dispersa sunt in locum suum collocare, vel mutila aliunde petere, omniaque demum complecti sub certa iuris regula. Plane inter doctiores interpretes vel summus Cuiacius, qui plenius egit de huiusmodi codicillis (a), nec integre, nec fortasse satis distincte rem tenuit; quae sane Cuiacium ipsum desiderabat diligentiorem, licet nihil proferat, quod tantum virum non deceat.

III. Per codicillos testamento confirmatos intelligebant veteres, ut supra innuimus, eas minus solemnes voluntates, quarum testator meminisset in testamento, sive ante, sive post testamentum ipsum conficerentur; puta si testator testamento dixisset: *quos codicillos feci, aut fecero, reliquero, scripsero, valere volo*; contra per non confirmatos, quorum nulla haberetur mentio in testamento (b). Quicquid autem Boehmerus temere scripserit de iure horum codicillorum, ut suis locis apparebit, iampridem doctiores animadverterunt insigne quoddam inter illos discrimen, quo maxime inter se se opponerentur. Hereditas quidem etsi dari non poterat, nisi in solemni testamento, verbisque imperativis, legata tamen, atque fideicommissa recte relinquebantur in voluntate minus solemni, sive in codicillis, ea tamen lege, ut legata, dationes tutelae, ac libertates directae recte scriberentur in codicillis testamento confirmatis dumtaxat, alias non valerent: fideicommissa vero admittebantur etiam in non confirmatis. Hanc sane discriminis rationem utcumque Tri-

---

(a) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. et 15. de iure codicillorum.

(b) Vide quae supra diximus.

bonianus in veteris iuris collectione obvolvere studuerit, ne ius vetus codicillorum a novo prorsus dissentiret, nihilominus satis apparent eius vestigia ex libris iuris, quippe quae tolli omnino non poterant ab iurisconsultorum scriptis, nisi eorum doctrina de codicillis penitus evelleretur.

IV. Ac primo ubi mentio legatorum habetur, saepissime legimus id factum in *codicillis confirmatis* (a); ubi vero fideicommissorum, tum vel codicillorum tantum, vel epistolarum nomen magis usurpatum (b). Item Ulpianus aperte fatetur, tutelae dationem non nisi testamento, vel codicillis testamento confirmatis relinqui potuisse: *testamento*, *inquit* (c), *datos tutores accipere debemus etiam eos*, *qui codicillis testamento confirmatis*, *scripti sunt*. Quod si tutor daretur in codicillis non confirmatis, inutilis erat datio iure civili ex Modestini sententia; constitutionibusque principum inductum, ut non secus consisteret, quam si a consulari potestate confirmaretur; *Si pater*, ait (d), *in codicillis non confirmatis dederit tutorem*, *aut curatorem*, *tum QUOD DEFICIT*, *REPLERI A CONSULARI POTESTATE constitutiones concesserunt*, *et secundum mentem confirmari tutores*. Praeterea libertates, quae vel directe, vel per fideicommissum relinqui poterant, primae in confirmatis tantum, alterae in non confirmatis, et codicillis ab intestato constabant: *Libertates directae*, idem Modestinus (e), *et testamento*, *et codicillis testamento confirmatis recte dan-*

(a) Vide l. 35. §. 3. et l. 41. §. 2. de legatis 3. l. 18. de annuis legatis, l. 31. de legatis 1. et passim alibi.

(b) Vide l. 75. et ult. de legatis. 2. l. 75. ad s. c. Trebel. l. 30. §. ult. de adimendis legatis l. 37. §. 1. et l. 78. §. 1. de legatis 3.

(c) L. 3. de testamentaria tutela.

(d) L. 1. §. 1. de confirmando tutore.

(e) L. 43. de manumissis testamento.

cur. Fideicommissae et ab intestato, et codicillis non confirmatis relinqui possunt. Verum quod in pandectarum libris colligere licet ex peculiaribus quibusdam sententiis, quae sane de Triboniani manu effugerant, manifestissime habetur ex scriptis iurisconsultorum, quorum supersunt fragmenta, ut nullus omnino dubitandi locus relinquatur. Ita Caius (a): *Legatum per codicillum relictum non valet, nisi codicilli testamento fuerint confirmati; fideicommissum vero etiam si testamento codicilli non fuerint confirmati, nihilominus debetur*. Quid apertius? Idem repetit Ulpianus (b): *Fideicommissum, et ante heredis institutionem, et post mortem heredis, et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari non possit*; et Paulus (c): *Codicillis, qui testamento confirmati non sunt, adscriptum fideicommissum iure debetur*. Quinimo sicuti legati datio, ita et eius ademtio nec scribi poterat, nisi vel testamento, vel codicillis testamento confirmatis: *Legatum*, Ulpianus inquit (d), *quod datum est adimi potest, vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis* ad differentiam fideicommissorum, quae uti recte relinquebantur in quavis supremae voluntatis specie, ita et tolli poterant. Mirum autem est, in re tam aperta Bohemerum penitus coecutisse; quum credidit (e), origine quidem sua codicillos non secus constitisse, nisi confirmatos testamento; sed postmodum remissum, ut relicta quoquo modo conciperentur, consisterent etiam in codicillis non confirmatis. Etenim utcumque principio nil relinqui posset in codicillis, nisi essent testamento confirmati, ut vidimus ex Plinii testimonio, aucta qui-

(a) Inst. l. 2. tit. 7. de fideicommissis §. 8.
(b) Tit. 25. de fideicommissis §. 8.
(c) Sent. recept. lib. 4. tit. 1. §. 10.
(d) Tit. 24. de legatis §. 29.
(e) Cap. 1. §. 14. suae disputationis.

dem benigna fideicommissorum ratione perspicuum est ex relatis iuris locis, factum esse discrimen inter confirmatos, ac non confirmatos; ut quicquid verbis directis, sive imperativis, praeter hereditatis dationem, relinqueretur confirmatis dumtaxat; verbis vero precativis, sive per fideicommissum, vel in non confirmatis valeret. Quod sane ius tamdiu perduravit, quamdiu stetit differentia inter legata, et fideicommissa, ut capite sequenti ostendemus.

V. Verum quid caussae est, ut legatorum datio, et ademtio, tutoris datio, ac libertates directae non constarent, nisi codicillis confirmatis, fideicommissa vero in non confirmatis recte scriberentur, quum alioqui omnes codicilli ad testamentum pertinentes aeque habeantur tamquam illius partes, viresque suas ex testamento capiant? Quorsum spectat haec tam varia iuris civilis ratio, ut quod relinqui vellet verbis directis, sive imperativis, necessario scribi debuerit in codicillis confirmatis, non item quod cavebatur verbis precativis? Meminisse hic oportet quae supra monuimus de nova veluti testandi ratione Augusti aevo inducta per codicillorum, ac necessariam fideicommissorum rationem longe distincta, atque diversa ab veteris iuris observatione, quae manaverat ex lege decemvirali; quaeque rigorem legis teneret, dum in illa aequitatis ratio, ac simplicior relinquentis consideraretur voluntas. Verba quidem directa in supremis ex lege erant, nec proinde ex illius rigore quidquam relinquere liceret imperativo modo, nisi solemnibus tabulis: fideicommissa vero, tamquam moribus inducta, nil vetaret, quin scriberentur etiam in tabulis non solemnibus, moribusque, forique disputatione comprobatis;ac propterea ne in leges offenderetur, veteres ad testamenta retulerunt, quod conciperetur imperativis verbis;quum alioqui nulla iuris ratio repugnaret, quin fideicommissa referrent in tabulis non solemnibus, sive codicillis. At enim cur legati datio, et ademptio, tutoris datio, ac libertatis, quae concipiebantur quidem ver-

bis civilibus, codicillis quoque admiserint, licet testamento confirmatis? Graviter porro ferebatur, usum praesertim legatorum, qui frequentissimus habebatur, testamento dumtaxat approbari; homines enim quum e vita decedunt, magis de pluribus benemereri solent, quam ut hereditatem uni relinquant heredi; incommodum autem videbatur toties testamenta condere, quoties recordamur, quem afficere beneficio, quum quotidie amicorum cogitatio nobis offeratur. Itaque iurisconsultis, qui tam varios etiam legandi modos invexerant, haud difficile fuit modum quoque excogitare, quo salva legis subtilitate, si non hereditatem, legata saltem, ceteraque huiusmodi, ut tutoris, ac libertatis dationes quodammodo ad codicillos transducerent sine expressa legum offensione, quemadmodum meditati sunt in fideicommissorum introductione; atque quum viderint, non secus rem posse expediri, nisi ad fictionem confugerent, satis habuerunt, si legata relinquerentur in codicillis, qui tamen testamento essent confirmati, ea nempe obducta iuris fictione, quod ob comprobationem codicillorum in testamento factam perinde haberi poterat, ac si legata ipsa relicta essent in testamento; nam qui testamento cavit, se valere velle quod in codicillis scripsisset, aut scriberet, quasi videretur in ipso testamento legata dedisse. Quo sane respiciens Tryphoninus (a) diserte ait, codicillorum confirmationem quoddam eorum principium in testamento redolere. En quomodo consulti viam aperire crediderunt, qua iuris rigore declinato codicillis permitterent legatorum dationes; qui enim semel in testamenti confectione eam clausulam adiiciebat, se nempe valere velle quod codicillis relinqueret, id satis habebatur, ut quo magis vellet, tot codicillos faceret, quot legata praestari iussisset; quum facile es-

(a) L. 12. §. 5. de captivis, et postlimino reversis.

set, quo magis placuisset, scribere codicillos, tamquam non solemnes.

VI. Inquies fortasse, quid unquam opus esset novis fictionibus laborare, ut recte legata in codicillis scriberentur, quum hi sive confirmati, sive non confirmati, aeque testamenti partes haberentur, viresque ex illo caperent? nonne quod parti scriptum est videri poterat, ac si in toto scribatur? At prudentes acute viderunt, ex illa communi codicillorum regula, quod partes testamenti intelliguntur, non recte confici, in toto scriptum videri, quod parti scriptum est; nam falso dixeris, parti necessario convenire, quod toto tribuitur. Aliud quidem est, quid tamquam partem totius consideratum, sequi oportere ius, atque potestatem illius, aliud parti adscribere quod in toto residet; nec idcirco pedibus tribuemus, quod integro corpori convenit, licet pedes, ceteraque corporis membra vim ex toto capiant, indolemque illius sequantur. Itaque codicilli tamquam partes, seu testamenti appendices considerati, id unum important, ut una cum testamento, vel consistant, vel concidant; attamen non inde consequitur, scripta in illis haberi, tamquam si scripta essent in ipso testamento. Enim vero, ut vidimus, qui arguit testamentum, codicillos quoque improbare intelligitur (a); qua de caussa aeque repellitur tamquam indignus ab hereditate, ac a relictis in codicillis; quum pars, quae in toto comprehenditur, necessario sequi debeat naturam totius. At qui falsos tantum dixerit codicillos, non aufertur ei hereditas ex testamento (b); nam qui partem improbat, totum improbasse non videtur, ideoque quod parti tantum tribuitur, toto adscribi nequit. Quoniam ergo, quod codicilli considerarentur, tamquam partes testamenti, inferri non valet, scripta in illis perinde habe-

---

(a) Cit. l. 5. §. 14. de his, quae ut indignis etc.
(b) Cit. l. 15. eodem.

ri, ac si scripta essent in testamento, aliud sane iuris principium, peti oportebat, quo huic fictioni locus esset. Hanc porro repetere existimarunt Consulti ex illorum confirmatione in testamento facta, ut ita colligi posset, data in codicillis confirmatis videri, tamquam si data essent testamento: qui enim testamento codicillos confirmat, sive scriptos sive scribendos, perinde haberi poterat fictione iuris, ac si revera relicta in illis in testamento ipso scripsisset; quo quidem confirmationis colore admiserunt in confirmatis dumtaxat legata, ceteraque verbis directis concepta praeter hereditatis dationem, utpote quae ex alio iuris vinculo transferri non potuit in codicillos, ut iam ostendimus; atque admisso hoc principio, fideicommissa quidem constare poterant in quavis non solemni voluntate; legata vero in codicillis tantummodo testamento confirmatis.

VII. Quod hactenus extraximus ex intima artificiosaque iurisconsultorum arte planum fiet in exponenda eorum doctrina, quam diverso modo accommodarunt codicillis confirmatis, atque non confirmatis. Primo quidem se offert Scaevola, qui loquens de legatis in codicillis relictis, ac proinde testamento confirmatis, hanc iuris regulam proponit (a). *Codicilli pro parte testamenti habentur*, *OBSERVATIONEMQUE, ET LEGEM IURIS INDE TRADITAM SERVENT.* Quod autem sint pars testamenti, commune hoc fit omnibus codicillis ad testamentum pertinentibus; sed quum dixit, eos servare observationem et legem iuris inde traditam, hoc sane spectat confirmatos, de quibus in proposito erat sermo; ex huiusmodi enim regula Sabiniani, ut Scaevola refert, colligere volebant, ut relicta in codicillis confirmatis adeo testamento ipso inesse viderentur, ut quoad omnes caussas eamdem prorsus iuris legem servarent, ac si revera in testamen-

(a) L. 14. de iure codicillorum.

to scripta fuissent (a). Apertius hoc idem declarat Iulianus his verbis (b): *Codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.* Loquitur hic quidem Iulianus de codicillis confirmatis, ut liquet ex exemplis, quae statim subdit, nempe de libertate *directa* iis relicta, quod sane ad non confirmatos referri nequit. Atque hoc ius *singulare* vocat; propria enim iuris regula in confirmatis haec erat, ut scripta in illis perinde haberentur ac si scripta essent in testamento, quodque nonnisi ad confirmatos dumtaxat pertinebat; quum ob eorum confirmationem in testamento factam locus adesset huiusmodi iuris fictioni. Quin illud *ius singulare codicillorum* satis demonstrat, Iuliani sententiam confirmatos tantum spectare; in codicillis enim non confirmatis, in quibus fideicommissa dumtaxat relinquuntur, non tam de *iure* quaeritur, quam de nuda relinquentis voluntate (c), ut infra manifestius apparebit.

VIII. Ex hoc autem singulari iure, quod ad confirmatos tantum referebatur, prodiit ex consequenti, ut quoad relicta in huiusmodi codicillis non tam spectaretur tempus, quo revera conficerentur, quam tempus confectionis ipsius testamenti; ut enim discimus ex Tryphonino (d), ipsa codicillorum confirmatio in testamento facta quoddam redolet eorum principium; ideoque magis est, ut tempus testamenti spectetur, quam ipsorum codicillorum. Quod tamen sequentibus exemplis illustrabitur.

(a) Vide Cuiacium tract. 2. ad Africanum ad cit. l. 14. de iure codicillorum.
(b) L. 2. §. 2. eodem.
(c) Ulpianus tit. 25. de fideicommiss. §. 1.
(d) Cit. l. 12. §. 5. de captivis et postliminio reversis.

Primo, iure civili cautum erat, libertatem quidem servo proprio directe legari posse; alieno vero non nisi per fideicommissum (a): at si testamenti tempore servus testatoris fuisset, codicillorum vero tempore alienus, quibus directe libertas scribatur, Iulianus ait, eam nihilominus valere (b); quia etsi codicillorum tempore esset alienus, confirmatio tamen in testamento habita, quum servus testatoris fuerat, efficiet quidem, ut recte libertas directa data videatur, tamquam ex testamento (c). Contra, ut idem Iulianus subdit, si quum testamentum fieret, servus alienus esset, codicillorum vero tempore testatoris, quibus libertas directa relinquatur, inutilem esse ait dationem libertatis; in iis enim, quae codicillis confirmatis scribuntur, tempus testamenti, non codicillorum spectandum; ideoque in prima specie valet legatum, in altera non item.

IX. Secundo, perspicui iuris est, codicillos scriptos a captivo inutiles prorsus esse, quum is testamenti factionem non habeat: attamen si quis in civitate testamentum fecerit, quo codicillos confirmet, deinde captivus scripserit codicillos, indeque postliminio reversus decesserit, tum ait Tryphoninus codicillos valere; propterea quod etsi iure subtili videretur hoc casu attendi non debere confirmationis tempus, tamen quum decesserit in civitate restitutus, aequum videbatur eum considerari, quasi captivus numquam fuisset: *codicilli*, inquit (d), *si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur iure subtili confirmati*

(a) Caius, inst. lib.2. tit.7. §.8.

(b) Cit. l.2. §.2 de iure codicillorum.

(c) Cuiacius in lib.37. digestorum Iuliani ad cit. l. 2. recte animadvertit, ex hac Iuliani sententia negationem delendam esse, ut ita consentiat cum posteriori opposita specie, qua contrarium statuitur.

(d) Cit. l. 12. §. 5. de captivis, et postliminio reversis.

testamento, quod in civitate fecerat; sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum; et is post ea reversus est, et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset. Et quamquam Marcianus (a) tradit spectari, non debere tempus confirmationis, ubi codicilli fiant ab eo, qui desierit habere factionem testamenti, nihilominus in hac Tryphonini specie, qua testator postliminio reversus decesserat, quemadmodum testamentum reconvalescit, ita et benigna ratione inductum, codicillos quoque valere tamquam confirmatos ante captivitatem, licet in captivitate confectis *iure subtili*, ut ait, confirmatio non prodesset.

X. Tertio quaerit Paulus (b), si quis testamentum fecerit, et codicillos confirmasset; deinde adrogandum se praebeat, et ibi fecerit codicillos; demum emancipatus decedat, an huiusmodi codicilli valeant? Plane etsi in hac specie testamentum irritum fiat *iure civili* status mutatione, ob minimam nempe capitis minutionem, iure tamen praetorio peti potest bonorum possessio secundum tabulas, dummodo testator sui iuris effectus declaraverit velle mori eodem testamento iuxta Papiniani sententiam (c), secundum quam accipiendus est hic Pauli locus, ut recte animadvertit cl. Cirillus (d). Quoniam ergo huiusmodi testamentum, praetoris quidem beneficio constabat, dubitabatur, an codicilli confirmati ante adrogationem,

---

(a) L.7. de iure codicillorum.

(b) L.8. §.3. eodem.

(c) L. 11. §. 2. de bonorum possessione secundum tabulas.

(d) Inst. lib.2. tit.17. ad §.5.

sed facti tempore, quo testamenti factionem non haberet, valerent. Et Paulus valere respondit, non secus, ac Tryphonino visum est: nimirum quod in codicillis confirmatis tempus confirmationis spectetur. Nec refert, testatore in eodem statu non manente eius testamentum sublatum videri iure civili, quasi nec codicilli consistere valeant sine testamento, nam satis est, iure praetorio effectum suum habere per bonorum possessionem secundum tabulas. Quod quidem alio exemplo Paulus comprobat; *nam etsi*, inquit, *postumus natus ruperit testamentum, et decesserit, nihilominus codicilli valent*, quia hoc quoque casu praetor dabat possessionem bonorum secundum tabulas (a).

XI. Demum si testamento quis servo legatum dederit, et deinde codicillis confirmatis eidem detur libertas, quamvis iure civili inutile videri possit legatum; servo enim proprio nequit legari sine libertate (b); *tamen utile esse dicemus*, ait Paulus (c), *quasi ab initio constiterit legatum*. Etenim libertas data codicillis confirmatis perinde habebatur, ac si scripta esset testamento; ac propterea relata libertatis datione ad tempus testamenti, una cum legato libertas quoque data videretur. Ex hactenus adductis iuris locis manifestissime apparet, quo respexerit in codicillis confirmatis ea iuris fictio, ut nempe scripta in illis haberentur, ac si scripta essent in testamento: quum posita huiusmodi regula, per consequentiam factum sit, tempus testamenti, sive confirmationis spectari, quoad relicta in illis, non item codicillorum.

XII. Verum quoniam hoc iuris principium, ut nempe in codicillis confirmatis testamenti tempus spectaretur, veluti profectum non e re ipsa, sed mera iu-

---

(a) L. 12. de iniusto, rupto, irrito facto testamento.
(b) L. 76. in fine de heredibus instituendis l. 4. c. de legatis.
(c) Cit. l. 8. §. 5. de iure codicillorum.

ris fictione sustentatum, saepe pugnaret vel cum aequitatis ratione, vel cum aliis iuris civilis regulis, factum est propterea, ut non ita late perduceretur, sed suis finibus contentum, non ultra progrediebatur, quam res ferret, ne fictionibus offenderetur in solida iuris, vel aequitatis principia; quum interdum minus liceret confirmationis tempus inspicere, sed magis codicillorum. Hinc tradit primo Marcianus, relicta in codicillis non referri ad tempus confirmationis, si fiant ab eo, qui quoquo modo habere desierit testamenti factionem; obstat enim certa iuris regula, quod cui ius testandi interdicitur, potestas quoque negatur conficiendi codicillos: *QUAEDAM*, ait (a), *non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, et in captivitate codicillos scribat, nam non valent. Idem est, si aliquo modo ius testamenti faciendi desierit habere*. Nec refert eos confirmari, antequam testamenti factionem amiserit: codicilli enim ad testamentum facti, sine illo consistere nequeunt; qui autem ante status mutationem scripserit testamentum, deinde capite minutus decedat, intestatus quidem moritur (b); ideoque nec codicilli valent, etsi fuerint confirmati in testamento facto ante capitis minutionem, quum sublato penitus testamento, codicillos quoque concidere necesse sit. Quod si testamentum convaluerit vel civili, vel praetoris iure, propterea quod antequam moriatur, pristinum statum recuperarit, tum demum uti et testamentum, ita et codicilli reviviscunt, licet codicillos fecisset tempore, quo erat capite minutus, ut didicimus ex Tryphonino (c), et Paulo (d); considerantur enim,

---

(a) L. 7. de iure codicillorum.
(b) L. 6. §. 5. de iniusto, rupto, irrito facto testamento.
(c) Cit. l. 12. §. 5. de captivis, et postliminio reversis.
(d) Cit. l. 8. §. 3. de iure codicillorum.

tamquam si in medio nulla status mutatio intercessisset.

XIII. *Praeterea*, sequitur Marcianus, *in illis, quae non iuris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis, atque, si ubi confirmatio, scriptum esset. Veluti si ita in codicillis scriptum erit: vestem, quae mea est: codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item: si Titius vivus est; vel: si tot annis est: codicillis legavit Seio, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum.* Et quidem quod proficiscitur ex dictione iuris, accomodari nequit iis, quae merum factum respiciunt; ideoque licet testamenti tempore vestis aliena fuerit, satis est, eam esse testatoris tempore codicillorum; cessat enim confirmationis regula in iis, quae facti sunt, non iuris. Item, si ita codicillis legetur: *si Titius vivit, vel si tot annis sit*, quum talis conditio ad factum pertineat, non testamenti sed codicillorum tempus spectatur. Atque hinc quoque intelligimus iurisconsultorum dexteritatem, qui excogitaverant quidem fictiones, ut legis rigorem declinarent; attamen ubi quid considerandum esset extra iuris vinculum, quod quidem in facto consisteret, iterum revertebantur ad rerum simplicitatem quacumque fictione sublata.

XIV. Aequitatis quoque caussa interdum factum est, ut cessaret regula confirmationis vel in iis, quae iuris essent, recteque Iavolenus scripsit (a): *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset.* Quippe aequitatis rationi adversatur, eamdam iuris regulam perpetuo servari in tanta factorum varietate, qua eam sequi non possumus, quin offendamus in praecipuam aequi, rectique normam. Quod autem ad rem nostram pertinet, sequentibus exemplis manifestabitur. I. lege Aelia Sentia cantum erat, ne testator, qui creditoribus non sit sol-

---

(a) L. 202. de regulis iuris.

vendo, testamento manumitteret, praeter quam unum servum, quem et instituat heredem (a). Finge modo, eum solvendo non fuisse tempore, quo condidit testamentum, at solvendo quidem esse codicillorum tempore, quibus libertates dedisset: quaerebatur, an ob codicillorum confirmationem relatis manumissionibus, ad tempus testamenti, in legem incurrisse videretur, ita ut manumissiones non constarent? Respondet Iulianus (b); *eum, qui codicillorum tempore solvendo sit, recte libertatem dare placuit, quamvis testamenti facti tempore solvendo non fuerit.* Etenim aequa ratio non patiebatur, ut iuris fictionibus manumissiones tollerentur, quarum quidem favorabilior est caussa. Pari ratione quum eadem lege Aelia Sentia vetaretur minoribus xx. annis manumittere, nisi vindicta, iustaque caussa apud consilium probata (c); si quis maior quidem xx. annis codicillis libertates dederit, quos ante testamento confirmaret, quum minor xx. annis esset, an idcirco libertates conciderint? Et imperatores Severus, et Antoninus ratas eas haberi rescripserunt (d): *si codicillos maior* xx *annis fecisset, confirmationis tempus libertati non nocere certum est: nec enim potestas iuris, sed iudicii consideratur.* Potior quidem est caussa manumissionis, quam confirmationis regula ex fictione iuris profecta, qua referuntur codicilli ad tempus testamenti, ideoque hoc casu nec attenditur confirmationis tempus, sed ipsorum codicillorum.

XV. Deinde si miles testamentum fecerit, codicillos vero post militiam, hi quidem licet testamento confirmati, tamen ius commune sequuntur, non militare, ne spectata confirmationis regula utraque testandi

(a) L. 27. qui, et a quibus manumissi etc.
(b) L. 4. de iure codicillorum.
(c) Inst. lib. 1. tit. 6. §. 4.
(d) L. 1. C. de testamentaria manumissione.

ratio perturbetur, ideoque inquit Caius (a): *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, et intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis iuris civilis regulam spectari debere: quia non sunt a milite facti. Nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi falcidiae locum non esse; at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse.* Longius enim perductum esset militum privilegium, si legata scripta in codicillis factis post militiam, accipi deberent iure militari: propterea quod essent confirmati in testamento in militia facto; ideoque haud spectato confirmationis tempore ad ius commune eos referendos Consulti putarunt: quo consequitur, ut lex falcidia locum non haberet in legatis scriptis in testamento facto in militia; bene vero in relictis codicillis post militiam, licet testamento confirmatis. Contra si ante militiam quis testamentum fecisset, in militia vero codicillos, tum hi valent iure militari: et, ut Paulus inquit (b): *certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum*; atque ne confunderetur ius commune cum militari, existimarunt, attendi non debere confirmationis regulam, sed tempus ipsum codicillorum.

XVI. Praeterea si codicillis testamento confirmatis quid mortuo legatum sit, qui tamen vixerat confirmationis tempore, legatum omnino habetur pro non scripto, nec proinde incidit in caussam caduci, ut a fisco vindicetur, sed hereditati accrescit (c). Utcumque autem Cuiacius putaverit, hoc sane inductum in odium fisci, ne regula confirmationis attendatur (d); satius est

(a) L. 17. §. 4. de testamento militis.
(b) Cit. l. 8. §. 4. de iure codicillorum.
(c) L. 2. §. 1. l. 6. §. ult. et l. 14. eodem.
(d) Tract. 2. ad Africanum ad l. 14. et 15. eodem.

rationem petere a Scaevola (a); nimirum quod in legatis primum est, ut quaeramus personam, cui detur; tum considerandum venit, an datum consistat, quave iuris ratione. Quum ergo deficiat persona, cui detur, frustra quaerimus, quemadmodum legatum consistere possit; ideoque ubi mortuo codicillis legatur, licet legatarius vixerit confirmationis tempore, non idcirco fiet, ut legatum habeatur in caussa caduci; quum enim desit persona cui detur, magis est, ut legatum consideretur pro non scripto.

XVII. Quamquam autem in specie legati mortuo relicti in codicillis confirmatis idem placuisset Proculianis, ac Sabinianis, nihilominus in altera specie non multum a prima dissimili, facta est dissensio inter utramque scholam, quaeque ita a Scaevola traditur (b): pone ex testamento, quem institutum ex asse, cui detur substitutus: post factum testamentum, mortuo instituto, testator codicillis iam testamento confirmatis, vel adscribat, vel adimat quaedam legata, veluti ab instituto: Quaerebatur, an datio, vel ademtio referri deberet ad tempus codicillorum, an potius confirmationis? Si primum, inutilis fiebat vel datio, vel ademtio; quum enim tempore codicillorum deficeret persona heredis instituti, a quo vel dari, vel adimi iusserat, id profecto pro non scripto habebitur. Sin alterum, consequitur, codicillos quidem constare; nam si quicquid huiusmodi codicillis scribitur, datum videtur testamento, etsi institutus defecerat, quum codicilli conscriberentur; substitutus tamen praestare tenetur quicdquid vel re ipsa datum est testamento, vel datum in eo videatur per codicillorum confirmationem. Sabiniani quidem regulam constanter tenentes, qua confirmationis tempus spectatur, codicillos omnino valere contendebant. Proculiani contra negabant, quorum sententiam

(a) Cit. l. 14.
(b) Cit. l. 14.

sequntus est Scaevola, qui tamen, ut Sabinianos argueret, ita rem expedit. Et quidem utraque schola admiserat, legata quidem pro non scriptis haberi, quum mortuo codicillis legetur, qui tamen vixerat confirmationis tempore: quo casu tempus omnino codicillorum spectatur, non confirmationis; ita namque sentit Julianus (a), qui certe Sabinianus erat. Hoc praemisso ita Scaevola argumentatur. Idem haberi debet, quum quid *mortuo* detur, vel adimatur in codicillis, ac quum detur, vel adimatur *a mortuo*; par enim utriusque esse ratio videtur, atque ut vani efficiuntur codicilli, si quid mortuo his legetur, licet legatarius confirmationis tempore viveret; ita inutiles fieri debent, si a mortuo detur, vel adimatur, etsi tempore confirmationis persona, a qua datur, vel adimitur, in rebus humanis esset. Etenim quum in legatis primo loco spectari oporteat persona, cui detur, quam ut iuris regulae attendantur, consentaneum est, pari ratione spectari quoque debere et personam, a qua dari, vel adimi valeat. *In proposito igitur*, Scaevola concludit, *quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademtio, et datio nunc vana efficietur. Quod si* (alteram speciem proponit ab ea diversam) *duo instituti sunt, substitutis datis, unusque eorum decesserit, utilia videntur legata*; nam alter institutus, qui superest, praestabit solida legata, perinde ac si ab eo solo relicta essent (b).

XVIII. Hactenus de codicillis confirmatis. Praestat hic aliqua addere de non confirmatis, de quorum tamen iure potissimum egimus, quum de confirmatis una loquuti sumus. Hi quidem codicilli generales iuris regulas sequuntur, quae respiciunt ceteros codicillos ad testamentum pertinentes. Etenim et vires suas ex te-

(a) Cit. l. 2. §. 1. eadem.
(b) Vide Cuiacium loco cit.

stamento capiunt, illiusque ius omnino sequuntur, partesque testamenti intelliguntur, ita ut eo sublato et codicillos corruere necesse sit. Sed quia carent confirmatione, non secus relicta in illis admittebantur, quam si precativis essent verbis concepta; qua de caussa Paulus eos appellavit *per fideicommissum factos*; ideoque differunt a confirmatis, quantum ad eas peculiares iuris regulas, quae confirmationis naturam sequuntur. Quidquid ergo scriptum est huiusmodi codicillis, non perinde habetur, ac si scriptum esset in testamento, ut in confirmatis; nec tempus testamenti, sed ipsorum codicillorum spectatur; quum nequeat accomodari ea iuris fictio, quae confirmatos dumtaxat respicit. Nomen quoque sortiti sunt a confirmatis quodammodo diversum; quum non tam iurisconsulti eos proprie *codicillos* appellaverint, quam *epistolas*, sive *epistolas fideicommissarias*, ut ex libris iuris apparet, quibus *epistolarum* nomine potissimum veniunt, ut iam principio monuimus. Et quidem codicillorum vocabulum pressius acceptum, non nisi ad confirmatos tantum referebatur; quorum ius ex disputatione fori profectum, quamdam veluti iuris civilis partem composuerat, praesertim quod imperativa verba iis permitterentur, quae ex iure civili erant; ideoque proprium iuris nomen iis datum est, *codicillorum* nempe, quo distinguerentur ab ea non solemni voluntate, quae fideicommissa tantummodo exhibebat, quaeque communi magis, sive vulgari *epistolarum* nomine veniret. Summa ergo ita esto: apud veteres generali codicillorum significatione intelligebatur quidem, quicquid relinqueretur per non solemnem voluntatem, sive hoc fieret verbis civilibus, sive precativis: quum vero speciatim indicare vellent eam non solemnem voluntatem, qua legata constarent, *codicillos* proprie nominarunt, sive *codicillos confirmatos* maioris demonstrationis caussa; quod vero attinebat ad relicta per fideicommissum, vulgari nomine *epistolarum* appellarunt, sive *epistolae fideicommissariae*. Quod tamen quum non satis animadvertissent nostri interpretes, tot futi-

les differentias excogitarunt inter codicillos, et epistolas, quot commenta quoque prodidit Boehmerus (a), quum aliorum opiniones convellere conatur, ut unam faceret utriusque rationem pluribus tantum vocabulis significatam.

XIX. Ac sane apertissime Boehmerus redarguitur ex quodam Scaevolae loco, qui luculenter distinguit *codicillos* ab *epistola*; quatenus in illis legata, in hac fideicommissa continerentur. Ita loquitur Consultus (b): *Codicillis confirmatis ita cavit: omnibus autem libertis meis, et quos vivus, et quos his codicillis manumisi, contubernales suas, item filios, filias, lego.* Perspicuum est, testatorem huiusmodi codicillis legatum scripsisse. *Idem* (sequitur Scaevola) *postea PETIIT ab heredibus suis, ut regionem Umbriae, Tusciae, Piceno coheredes uxori suae restituerent cum omnibus, quae ibi erunt, et mancipiis rusticis, vel urbanis, et actoribus exceptis manumissis* (Satis apparet, haec verba ad fideicommissum spectare). *Quaesitum est, quum Eros, et Stichus servi in diem vitae testatoris in Umbria, in Piceno actum administraverint, sint autem Damae, quem testator vivus manumiserat, filii naturales, utrum eidem Damae ex verbis CODICILLI ab heredibus praestandi sint, an vero ad Seiam uxorem ex verbis EPISTOLAE pertineant? Respondit, ex CODICILLIS ad patrem eos naturalem pietatis intuitu pertinere.* Itaque distinguit Consultus codicillos antea factos, in quibus legata continebantur libertis relicta, ab epistola posteriori, qua testator *fideicommissa* uxori suae reliquerat: primam quidem scripturam *codicillos* appellat, alteram vero *epistolam*. Agnoscit et ipse Boehmerus in hoc Scaevolae loco (c), diverso quidem nomine eas scripturas appellari; sed quum non vidisset,

---

(a) Cap. 1. suae disputat. §. 6. 7. et 8.
(b) L. 41. §. 2. de legatis 3.
(c) Cit. cap. 1. suae disput. §. 6.

quo discrimen pertineret, existimat, Consultum vocabulorum copia delectari. Quid Scaevola indiguius? aut quid hac interpretatione ineptius? Papinianus quoque ita distinguit codicillos ab epistolis, quum ait (a): *Plane si sui iuris effectus CODICILLIS, aut aliis LITTERIS eodem testamento se mori velle declaravit etc.* quibus verbis satis discriminat codicillos proprie dictos ab aliis litteris, nempe epistolis. An Papinianum pariter verbosum dixerit Boehmerus?

XX. Quoniam autem codicilli per fideicommissum facti imitari videntur quodammodo codicillos ab intestato, in quibus voluntas aeque scribitur per fideicommissum, hinc factum, ut quemadmodum testamenta vel imperfecta, vel non iure facta transformari poterant in codicillos ab intestato, ut diximus, per clausulam *codicillarem*, ita receptum est, ut primum testamentum ruptum quidem per posterius converti posset in codicillos ad posterius testamentum pertinentes ex caussa fideicommissi, si testator declaret in posteriori testamento, valere velle etiam priores tabulas: *Si paganus*, inquit Ulpianus (b), *qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est. Quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet, et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in caussa fideicommissi erunt, non solum legata, et fideicommissa, sed et libertates, et heredis institutio.* Itaque quum testator in posterioribus tabulis fidei heredis committat, ut priores quoque tabulae serventur, etsi prius testamentum iure rumpatur per posterius, tamen ex caus-

---

(a) L. 11. §. 2. de bonorum possess. secundum tabulas.

(b) L. 12. §. 1. de iniusto, rupto, irrito facto testamento.

sa fideicommissi convertitur in codicillos, et ita voluntas servatur, non quidem iure testamenti, sed codicillorum ad posterius testamentum pertinentium. Idem Ulpianus quoque statuit in milite, si in posterioribus tabulis expresse fidei heredis committat, ut valerent tabulae priores. *Quaerebatur*, inquit (a), *si miles, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset; et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, quid iuris esset? Dicebam: militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur; quum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. . . . . Secundum haec in proposito referebam, si hoc animo fuerit miles, ut valeret prius factum testamentum, id quod cavit, valere oportere: ac per hoc effici, ut duo testamenta sint. Sed in proposito quum fidei heredis committatur, ut valeat prius testamentum, apparet eum non ipso iure valere voluisse, sed magis per fideicommissum, id est in caussam fideicommissi, et codicillorum vim prioris testamenti convertisse.*

§. XI.

De codicillis confirmatis in praeteritum, aut in futurum; deque varia iuris ratione inter codicillos anteriores, ac posteriores testamento.

I. Quum iam plenius exposuerimus, quid iuris peculiare fuerit in codicillis confirmatis, ac in non confirmatis, sive factis per fideicommissum, superest ultimus disputandi locus de confectis ante, vel post te-

---

(a) L. 19. de testamento militis.

stamenti tabulas, ut nempe cognoscamus, an eadem esset in utrisque iuris ratio, an diversa; quove pacto inter se se vel convenirent, vel differrent. Et quoniam, ut vidimus, differentia inter verba imperativa, ac precativa effecerat, ut primo modo concepti, non aliter codicilli constarent, nisi testamento essent confirmati; altero vero modo confirmationem non exigebant; ut in proposito de codicillis anterioribus, vel posterioribus testamento ius cuique proprium aperiamus, multum interest hic quoque distinguere, quid in legatis, quidve in fideicommissis obtinuerit; sive quid iuris fuerit in anterioribus, ac posterioribus, quibus aut legata, aut fideicommissa continerentur. Paulus quidem (a) inter quatuor codicillorum modos refert eorum confirmationem, vel *in praeteritum*, quum nempe anteriores sint testamento; vel *in futurum*, quum posteriores. Plane quod pertinet ad posteriores testamento, explorati iuris est, ut ostendimus, valere quidem in illis relicta per verba civilia, si testamento confirmarentur, fideicommissa vero etiam in non confirmatis. At de anterioribus testamento res non est expedita, tum ob difficiles quosdam iuris locos, qui quodammodo pugnare inter se se videntur, tum ob tam varias interpretum expositiones, quae fortasse quin illos dilucidare valeant, parum est, ut nodum non reddiderint inexplicabilem.

II. Sed antequam offendamus in spinosiora, praestat hic primum eam proferre iuris doctrinam de codicillis anterioribus testamento, quae fortasse ita explorata sit, ut in dubium minime revocari queat: qua perspecta rectius deinde poterimus ad minus expedita accedere. Quicquid dicitur de relictis per verba directa in codicillis factis post testamentum, nemo quidem sanus negaverit in codicillis testamento anterioribus; utcumque enim scribantur ante testamentum, palam est intellectu posteriores haberi; quum tamquam illius par-

(a) Cit. l. 8. de iure codicillorum.

tes, sive appendices eius naturam omnino sequantur, perinde ac si posteriores revera testamento fuissent. Hinc est, ut quantum ad relictorum caussam parem profecto iuris rationem agnoverimus in posterioribus aeque, ac in anterioribus; quum enim verba civilia ideo codicillis concessere, quod ob eorum confirmationem in testamento factam testamento datum videretur, quicquid in illis scriptum esset, caussa non est, cur hoc magis posterioribus tribueretur, quam anterioribus, quasi legata in illis valerent ex testamento, in his ex codicillis; quod prorsus absonum est a recta iuris ratione. Et quidem quoties iurisconsulti loquuntur de necessaria codicillorum confirmatione in legatis, numquam distinxere posteriores ab anterioribus testamento, sed regulam generaliter posuere, quae certe aptari non poterat magis uni, quam alteri. Tum Paulus, ubi profert varios codicillorum modos, expresse loquitur de *confirmatis* tum in futurum, tum in praeteritum. Quid autem oportet specialem modum constituere de *confirmatis in praeteritum*, si legata valerent, etiamsi testamento postea sequuto codicilli non confirmarentur? Praeterea quum ex senatusconsulto Liboniano inutilia fierent ea legata, vel fideicommissa, quae quis manu sua sibimet adscripsisset (a), dubitari poterat, an relicto quidem legato in codicillis factis ante testamentum, legatarius in testamento postea sequuto, tantum scribens illorum confirmationem, incidet in senatusconsultum? Et Paulus affirmat (b). *Qui codicillos*, inquit, *ante testamentum factos in quibus legatum ei adscriptum erat*, *CONFIRMAT*, *in Senatusconsultum incidit quod et Iulianus scribit*. Hoc ideo, quia non aliter legata scripta in codicillis valerent, nisi testamento hi essent confirmati; ac propterea etsi legatum esset codicillis anterioribus, quum tamen le-

(a) L. 6. et 15. de lege cornelia de falsis.
(b) L. 22. §. 6. eodem.

gatarius confirmationem scripserit, perinde haberetur, ac si legatum ipsum scripsisset; ideoque ex S. C. tenetur. Demum imperatores Diocletianus, et Maximianus ita rescripserunt (a): *sive initio, quae fuerat codicillis relicturus generaliter, sive novissime relicta servari mandaverit*, *CONFIRMATIONE MUNITUS nullam iustam gerere sollicitudinem potes.* Plane aetate horum imperatorum ius adhuc perdurabat, ut codicilli confirmarentur, sive ante, sive post testamentum fierent, ut legata consisterent.

III. Verum quamquam quoad relictorum naturam una statuenda videatur iuris ratio in codicillis, tum posterioribus, tum anterioribus testamento, quum nulla caussa sit, cur distingui valeant, instant nihilominus duo difficiliora iuris loca, quae hactenus interpretum ingenia exercuere; unum quidem Papiniani in pandectis transcriptum; alterum Triboniani in institutionibus, quo refertur quoddam rescriptum Severi, et Antonini, quin mentio haberetur de quadam Papiniani sententia longe diversa ab illa, quae prostat in pandectis: ita ut nedum Papinianus opponi videatur rescripto imperatorum; sed, quod magis est, Tribonianus ipse nec sibimet constat, quum Papiniano tribuit, quod ex illius sententia in iuris libris relata aliud revera appareat. His difficultatibus accedunt tam variae, ac inter se se oppositae interpretum opiniones, ut undique res implicatior magis facta sit. Verba Papiniani sunt: (b) *ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur; aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur. Indicio* legitur in florentinis, *iudicio* in vulgatis. Tribonianus contra ita loquitur (c). *Sed quum ante testamentum factum codicilli facti erant,*

(a) L. 6. C. de codicillis.
(b) L. 5. de iure codicillorum.
(c) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Quod Tribonianns hic de Papiniano refert, haud concordare videtur cum ipsamet Consulti sententia; hic enim, ut ex verbis liquet, desiderabat in codicillis anterioribus, vel expressam, confirmationem postea sequutam sive in testamento sive in aliis codicillis posterioribus, vel tacitam saltem voluntatis significationem; qua quidem retineatur eius iudicium in codicillis declaratum: *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. At Tribonianus credidit, Papinianum voluisse specialem confirmationem; deinde sequitur: *sed divi Severus, et Antonius rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti si appareat, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse*. Quibus verbis colligi videtur, imperatores quid diversum rescripsisse ab ea Papiniani sententia, de qua prius Tribonianus loquutus est, nam aliud est, codicillos anteriores non secus valere, quam *si speciali postea voluntate confirmetur*, aliud posse quidem fideicommissum peti, si appareat, testatorem non recessisse a voluntate in codicillis expressa. Quod si conferre velimus huiusmodi rescriptum cum Papiniani sententia in pandectis transcripta, magis inter se se convenire videntur, quam dissentire, nisi illa verba, *quocumque iudicio retineatur* interpreteris pro quavis animi significatione; et contra illud: *si appareat non recessisse* pro non revocata voluntate. Rescriptum quidem imperatorum non exstat, nisi quantum ex Triboniano audivimus; Papiniani vero sententia praeter id, quod Tribonianus refert, non alia prostat, nisi quam ex pandectarum libris attulimus. Quid arbitrari liceat in tanta rerum ambiguitate?

IV. Hotomannus (a), et Duarenus (b) ita rem transigunt. Tribuunt primo Triboniano ea ultima verba in

(a) Inst. lib. 2. tit. ult.
(b) Disput. annivers. lib. 2. cap. 42.

Papiniani sententia : *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatnr* ; ita ut demtis illis verbis , appareat , Papinianum desiderasse specialem confirmationem , uti in institutionibus Tribonianus refert ; et ita opponunt Papinianum rescripto imperatorum , quo satis est , ut a voluntate in codicillis scripta postea non recedatur. Tum credunt , Tribonianum ideo interpolasse Papiniani sententiam , ut ita cum rescripto consentiret ; ac proinde eumdem sensum , putant , redolere illud , *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur* , ac illud *si appareat, eum , qui postea testamentum fecit, a voluntate , quam codicillis expresserat , non recessisse* ; quasi imperatores quoque desiderarint quamdam tacitam animi significationem , qua retenta voluntas appareret. Verum , si veritatem amemus , interpolatio , quam Triboniano adscribunt , divinationem sapit magis , quam interpretationem. Praeterea quid opus erat huiusmodi interpolatione , si referens Papiniani sententiam expresse fatetur , eum voluisse specialem confirmationem adversus imperatorum rescriptum ? Si ergo illa verba Triboniano tribues , ne aliter Papinianus ab imperatoribus dissentire videretur , cur idem Tribonianus in institutionibus in Papiniano quid diversum a rescripto agnoscere videtur ? Demum nimis durum videtur, Papinianum , in libris praesertim responsorum unde ea lex sumpta est, improbasse imperatorum decretum quod notum ei esse debuerat ; nisi rescriptum posterius feceris ; quod nescio , an recte suspicari possit.

V. Antonius Faber contra (a) , quicquid aliter antea sensisse fateatur , re melius perpensa , credidit Triboniani caussam tueri , dum integram , uti prostat , sententiam Papiniano adscriberet. Contendit tamen , eam revera rescripto opponi ; ita ut recte Tribonianus agnoverit in rescripto quid contrarium a Papiniani sententia. Etenim ubi Consultus statuit, necessariam esse, vel expressam confirmationem postea sequutam , vel saltem taci-

(a) Lib. 15. coniet. cap. 15.

tam aliquo argumento ductam: imperatores satis habuerunt, voluntatem non esse revocatam: ac propterea illa verba, *si appareat etc.* ita accipienda esse credit: *nisi appareat* vel ut Theophilo placuit (a), *nisi ostendatur, testatorem ab his, quae in codicillis scripserat, recessisse*. Secundum Papinianum quidem non constat voluntas, nisi probetur eam retentam esse: at secundum imperatores valet, dummodo non probetur fuisse revocatam. Nolim quidem cum Fabro admittere, Papinianum revera discessisse ab imperatorum decreto nisi res aliter componi valeat; nec proinde probaverim illud, *si appareat non recessisse* accipi debere, ac, *nisi appareat recessisse*; quum longe diversa sit prima ab altera enunciatione; nam *si appareat* idem valet, ac si probetur, testatorem non recessisse; nimirum si aliquo argumento retenta voluntas demonstretur; at *nisi appareat recessisse* importat voluntatem non esse revocatam; nec plane video, cur recedendum sit a simplici verborum intelligentia.

VI. Cuiacius vero utcumque in libris responsorum Papiniani (b) idem senserit ac Hotomanus et Duarenus quantum ad Triboniani interpolationem in Papiniani sententia; in observationibus tamen (c) rem magis interpretandam aggreditur, quam ut Tribonianum arguat. Atque scite distinguit in codicillis anterioribus testamento ea, quae relinquuntur verbis directis, ut sunt legata, a fideicommissis. Etenim quoad primum relicti genus apertissimi iuris est, codicillos numquam constare posse, si testamento postea sequuto non confirmentur, uti servatur quoque in codicillis posterioribus; at quoad fideicommissa, quae, ut vidimus recte relinquuntur in non confirmatis, vel factis ab in-

---

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

(b) Lib. 7. responsorum Papiniani ad cit. l. 5. de iure codicillorum

(c) Lib. 18. obser. cap. 7.

testato, nulla caussa est, cur codicilli, licet, anteriores, specialem confirmationem desiderent; ideoque recte imperatores rescripserunt, satis esse, si probetur retenta voluntas, sive, quod idem est, si appareat, testatorem ab illis recedere noluisse (a). Quamquam autem haec tantum innuere Cuiacius videtur, ut proinde maiori illustratione indigeant, nil tamen solidius afferri poterat quod rectius conduceret ad genuinam expositionem, tum sententiae Papiniani, tum rescripti imperatorum, ut planius mox fiet.

VII. Novissime tandem Cornelius van Bynkershoekius (b) summo studio conatur Triboniani caussam tueri, ne dicatur, in Papinianum manus iniecisse. Quantum vero ad legum interpretationem plura tentavit, dum nec abhorret a variis aliorum opinionibus: ita tamen ut nil certi statuat, satis habens, Tribonianum suum a crimine falsi vindicasse. Atque hae sunt praecipuae interpretum sententiae, in quas ceteri iverunt.

VIII. Inter tot opinionum dissidia haud veremur face summi Cuiacii rem omnem ita componere, ut in illarum legum interpretatione constanter quoque teneamus eam codicillorum doctrinam, quam veluti e radice sua hactenus extraximus. Quod ut rectius fiet, primum est, Papiniani sententiam intueri, uti prostat in pandectarum libris, ne aliter videremur divinationis potius, quam iuris artem profiteri; deinde ad Tribonianum una cum imperatorum rescripto ab eo relato accedere. Ut ergo a Papiniano exordiamur: *Ante tabulas testamenti*, inquit, *codicilli facti non aliter valent*, *quam si testamento*, *quod postea factum est*, *vel codicillis confirmentur*, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*. Hac quidem sententia Consultus nec de relictis per verba directa, nec precativa nominatim agit; sed generaliter loquitur de codicillis anterioribus testamen-

---

(a) Idem quoque sentit Giphanius, inst. l. 2. tit. ult.
(b) Lib. 8. obser. cap. 13.

to: nimirum quo pacto constare possint; et quoniam notum est, utrumque relicti genus in illis admitti, credendum est, Papinianum utrumque una comprehendisse; nam dum proponit doctrinam, qua huiusmodi codicilli regantur, necessario complecti debuerat, tum relicta per verba directa, tum per precativa; ne aliter rem imperfecte attigisse dicamus, quod de Papiniano praesertim ne suspicari quidem licet. Atque quoad relicta verbis directis, iam demonstravimus idem ius commune fuisse, tum posterioribus, tum anterioribus testamento; ideoque recte Papinianus primo loco ait, codicillos factos ante testamentum non aliter valere, *quam si testamento, quod postea factum est, confirmentur.* Sed urget hic Bynkershoekius, quid est, quod vel testamento confirmari debere ait, vel *aliis codicillis?* An legata valerent, si codicilli confirmarentur quidem non testamento, sed aliis codicillis, ut semel Cuiacio placuit (a)? Respondeo, certissimi iuris esse, ut legata non aliter valerent, nisi codicilli essent testamento confirmati, non item aliis codicillis. Etenim, ut latius supra ostendimus, ideo quoad relicta per verba directa codicilli confirmari debuerant testamento, quod, quum ex legis rigore non liceret praeter quam in solemnibus tabulis uti verbis civilibus, iurisconsulti, ut legem fraudarent, adhibuerunt quidem eorum confirmationem in testamento, quia hoc pacto per fictionem saltem iuris scripta in codicillis videri poterant, ac si scripta essent in ipso testamento. Hoc autem dici nequit de confirmatione facta in aliis codicillis, quod idem est, ac in alia non solemni scriptura; ideoque eodem iuris principio, quo legata constabant in confirmatis testamento, inutilia prorsus fiebant in confirmatis in aliis codicillis: ridiculum enim esset, voluntatem non solemnem ex altera simili capere eam vim, quae uti non

---

(a) Cit. lib. 7. responsorum Papiniani ad cit. l. 5 de iure codicillorum.

solemnis, sibi negabatur. Sed cur Papinianus ait, eos confirmari quoque posse aliis codicillis? Distinguere hic oportet duos varios confirmationis effectus; unum, qui ad ius pertinet, alterum, qui respicit retentam testatoris voluntatem. Quae autem confirmatio testamento comprehendebatur, utrumque sane effectum continebat: at confirmatio habita in alia non solemni scriptura illum tantummodo continet, ut dicatur, testatorem in novissima scriptura comprobasse eam voluntatem, quam scripserat ante testamentum. Quum ergo Papinianus inquit, non aliter codicillos testamento anteriores valere, quam si aut testamento confirmentur, aut codicillis, aut voluntas retenta probetur quocumque indicio, una complexus est quodvis relicti genus; unaque oratione regulam proponit, quae accomodari poterat cuivis codicillo testamento anteriori, sive de legatis, sive de fideicommissis agatur: legata quidem valent per confirmationem in testamento; fideicommissa vero vel in testamento, vel in aliis codicillis posterioribus, sive expresse fierent, sive saltem tacite ex aliquo voluntatis indicio ducta. Atque confirmatio, quae refertur ad relicta per verba directa, testamento tantum fieri debet; quippe quae adhibetur, nedum ut voluntas retenta habeatur, sed ut legata ex testamento valere dicantur: ea vero, quae requiritur in relictis per fideicommissum, quum attingat dumtaxat probationem retentae voluntatis, satis est, si fiat in quavis novissima scriptura, licet non solemni, sive expresse, sive tacite; nam fideicommissa, ut diximus, non exigebant confirmationem in testamento; quum non ex lege, sed ex voluntate tantum relinquentis proficiscerentur; ideoque ubi de voluntate constiterit, nil amplius desiderabant.

IX. Verum quid caussae est, ut una quidem fuerit iuris ratio quoad relicta per verba directa in codicillis factis tum ante, tum post testamentum, scilicet quod speciatim confirmari debebant solemnibus tabulis; quoad fideicommissa vero differant posteriores ab anterioribus, ut in illis quidem satis sit, testatorem voluntatem suam

declarasse, contraque in his iuxta Papiniani sententiam, non aliter valent relicta, nisi vel testamento postea sequuto, vel aliis codicillis, sive expresse, sive tacite testator significaverit, se ratam habere velle voluntatem iam in codicillis declaratam? Nonne sive anteriores sint, sive posteriores, aeque semper habentur veluti ipsius testamenti pars, atque sequela, sive de legatis, sive de fideicommissis agatur? Quid ergo Papinianus sibi voluit, quum in anterioribus omnino desideret novam retentae voluntatis vel expressam, vel tacitam significationem ad differentiam illorum, qui fiunt post testamentum? Discriminis quidem ratio hic proficisci nequit a diversa caussa inter legata, ac fideicommissa; sed alio prorsus principio petenda est. Unus Faber eam vidit (a), utcumque nec plenius eam complectatur, quin acumine suo eadem postea abutitur, quum conatur opponere Papiniani sententiam imperatorum rescripto. Ac sane qui testamento condito codicillos postea scribit, iam ostendit, se testatum decedere velle, nec codicillis posterioribus aliud intellexisse videtur, nisi, ut vel suppleret, quod testamento deerat, vel corrigeret, quod immutare desideravit. Qui vero codicillos facit, prinsquam testamentum condat, sive qui supremum voluntatis suae iudicium a codicillis incipit, is certe vel legata in illis relinquit, vel fideicommissa: si legata, coniectari quodammodo potest, se testamentum deinde condere velle, quo codicilli nominatim confirmentur, nam aliter legata non constant. Sin fideicommissa, tum, quoniam fideicommissa ab intestato recte relinquuntur, is quidem tamquam intestatus se gerit; idcirco ex huiusmodi codicillis probabiliter creditur, intestatum potius se decedere velle. Etenim quum testati caussa ab heredis institutione incipiat, ubi quis exorditur testationem suam a fideicommissis per codicillos, de herede legitimo magis cogitasse videtur, quam de herede in testa-

---

(a) Cit. lib. 15. coniect. cap. 15.

stamenta postea scribendo, saltem incertum est, an in codicillorum confectione de testamento quoque cogitaverit, an potius cum iisdem tantummodo decedere existimaverit ab intestato; quum huiusmodi codicilli iure suo, atque soli recte consistant vel sine testamento. At quum deinde testamentum scribat, iam ostendit, testatum omnino se mori velle; ac propterea ex intestati ad testati caussam se conferre videtur: quo fit, ut incertum saltem sit, utrum immutato consilio ea mente ad testamentum accesserit, ut amplius nolit cum codicillis ab intestato decedere, an eo animo testetur, ut codicillos quoque antea factos una retineret. Uno verbo haud constat, an ad testamentum descendens codicillos prius factos respuerit, an potius existimaverit eam priorem voluntatem etiam retinere; quin si consideretur, quod re ipsa gessit, magis est, ut credamus, reiecta intestati caussa testatum magis ita se praebuisse, ut novum prorsus inierit consilium. Itaque in hac voluntatis quaestione recte Papinianus arbitratur, non aliter priorem voluntatem valere posse, nisi sequatur vel expressa, vel saltem tacita illius comprobatio, sive in testamento, sive in quavis alia novissima scriptura, licet non solemni; nova enim animi significatione convalescit ea voluntas, quae per testamentum postea sequutum obliterata magis censebatur. En genuina differentia inter codicillos testamento posteriores, ac anteriores: primi enim quum certam testati caussam sequantur, iam explorata est mens testatoris, ut nova proinde voluntatis significatione non indigeant; nam certum est, per posteriores codicillos testatorem id tantum egisse, ut vel suppleret, vel corrigeret, quod in solemnibus tabulis iusserat. At contra anteriores testamento quoniam intestati speciem exhiberent, nequeunt idcirco necessario traduci ad testati rationem; nisi recenti iudicio ita testator se velle ostenderit. Hinc est, non recte eos Papiniani mentem interpretari, qui credunt, quamcumque vel levissimam praesumtionem satis esse ad retentae volutatis probationem, vel qui autu-

mant, expressam animi significationem exegisse, ut Bynkershoekio placuit: quod quidem ducere arbitratur ex illo Papiniani verbo *indicio*, quod cum glossa accipit *pro expressa declaratione*. Atque sive *iudicio* legas, ut in vulgatis, sive *indicio*, ut in florentinis, et noricis, quod potius probaverim, non satis accepisse videntur intimam Consulti sententiam. Et quidem quamquam in codice iustinianeo *indicii* vocabulum usurpetur pro quovis argumento, vel remota praesumtione, apud iurisconsultos tamen, qui latinam puritatem servarunt, numquam hoc sensu acceptum invenies (*a*). *Indicium* quidem latine idem est, ac rei demonstratio: quae vel fiat expresso signo, vel tacito, dummodo eiusmodi sit naturae, ut res pressius commonstretur. *Voluntatis* autem *indicium* proprie dicitur, quum aliqua significatione animi sensus ostenditur. Hinc Paulus inquit (*b*): *Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis*, id est quocumque signo sive magis, sive minus expresso, quod ex nobis tamen proficiscatur: nam ea omnia argumenta, quae ex re ipsa duci possunt, minime pertinent ad nostrae voluntatis indicium; quum numquam videamur rem proprie indicasse, nisi quibusdam signis ex nobismetipsis proficiscentibus eam quodammodo manifestemus. Atque huc spectat illud Pauli (*c*): *Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam, vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui* NULLO VOLUNTATIS INDICIO, *patiente tamen domino possidet*: patientia quidem domini licet efficiat, ut is non videatur dissentire, non tamen voluntatis indicium facit, quum nullam animi manifestationem exhibuerit. Ut ergo ad Papinianum reverta-

---

(*a*) Vide Brissonium de verborum significatione, verbo *indicium*.

(*b*) Recept. sent. lib. 4. tit. 4. §. 1.

(*c*) Recept. sent. lib. 5 tit. 6. §. 11.

mur, quum inquit: aut voluntas eorum QUOCUMQUE INDICIO retineatur: id revera intelligit, ut testator in posteriori scriptura talis se praebeat, ut aliquo signo sive magis, sive minus aperto commonstret, se quidem retinere velle voluntatem in codicillis expressam. Hinc satis non est, eos tantum non revocasse; hoc enim licet probaret, eum non videri dissentire a voluntate anteriori; attamen quum adhuc incertum esset, an ad testamentum accedens consilium immutaverit, an illam quoque retinere voluerit, optime Papinianus arbitratur, opus esse omnino, ut hujusmodi voluntatis quaestio aliquo saltem animi indicio definiatur, quo appareat, eum ratam quidem habere velle voluntatem in codicillis ante testamentum factis expressam.

X. Haec de Papiniani sententia. Videamus modo, quod a Triboniano affertur. *Sed*, inquit, *quum ante testamentum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus, et Antoninus rescripserunt ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt, posse* FIDEICOMMISSUM *peti; si apparet, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse.* His verbis plane non video, Tribonianum opponere voluisse Papiniani sententiam rescripto imperatorum; non enim ait: *Sed divi Severus, et Antoninus contra rescripserunt*, ut solet, quum quid iuris immutatum refert. Etenim eadem loquutione, qua Papiniani sententiam narrat, subdit illam imperatorum; nam inquit: *Sed Papinianus ait etc. Sed divi Severus, et Antoninus rescripserunt etc.* Fateor quidem his duabus sententiis duo diversa Tribonianum referre voluisse; at negaverim, eas ita affectasse, ut unam alteri opponeret; id enim ex verbis non apparet. Refert igitur ex Papiniano primam sententiae partem, ut nempe *speciali postea voluntate confirmentur*; atque tacet alteram, qua saltem requirit quodvis indicium retentae voluntatis. Sed quid probabilius, quam Tribonianum ex Papiniano referre tantummodo voluisse, quod perti-

neret ad relicta per verba directa ; ex imperatoribus vero quod spectaret fideicommissa? Nonne refert rescriptum ad *fideicommissa* dumtaxat? At enim, cur non exposuit integram Papiniani sententiam, qua simul comprehendi videtur utrumque relicti genus? Respondeo, novum non esse Triboniano, utrinque carpere iuris sententias, praesertim in institutionibus. Fortasse credidit, apertiora esse rescripti verba, quibus expressa habetur mentio de *fideicommissis* in codicillis anterioribus relictis; ideoque ex Papiniano proferre existimavit ius huiusmodi codicillorum quoad legata, ex imperatoribus quoad fideicommissa; nolim enim vel ita immemorem Tribonianum facere, ut non animadverterit reliquam partem sententiae Papiniani; vel ita stupidum, ut prorsus non intellexerit, quo ea pertineret; vel denique mendacem, ut in institutionibus celare voluerit, quod in pandectis retulerat. Quod si dicas, Tribonianum intelligere de altera Papiniani sententia diversa ab illa, quae prostat, nec eum excusabis, quin maiori reprehensioni subiicias. Etenim quid caussae erat, ut Papinianum proferret aliter, quam in pandectis apparet? Ceterum ut ut sentias de Triboniani consilio, apertissimum quidem est, rescriptum de fideicommissis tantum loqui; Papinianum vero generaliter complexum quodcumque relicti genus in codicillis anterioribus; etsi nec de fideicommissis, nec de legatis nominatim loquatur.

XI. Sed accedamus tandem ad rescripti interpretationem, ut videamus, utrum consentiat, an discrepet a Papiniani sententia. Decreverunt quidem imperatores, fideicommissum deberi, si appareat, testatorem non recessisse a voluntate in codicillis antea declarata. Numquam cum Fabro vel Theophilo admiserim, perinde accipi illud *si apparet non recessisse*, ac *nisi apparet recessisse*, ut antea monui; hoc enim esset detorquere verborum intelligentiam ab illo ordine, quo prostant. Deinde rectius egerimus, si Papinianum magis cum rescripto componamus; praesertim quum nulla caussa sit, quare inter se se opponantur. Ac sane quod

Papinianus tradidit affirmando, *aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur*, imperatores rescripserunt negando: *si apparet eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat*, NON RECESSISSE; quod idem est, ac si dixissent, si aliquo recenti voluntatis indicio ostendatur, sive probetur, per testamentum postea sequutum testatorem noluisse recedere a priori voluntate. Enim vero si rem plenius consideraveris, quid porro opus erat imperatorum decreto, si satis esset, codicillos non esse revocatos, ut recte peti posset fideicommissum? Nonne id commune est etiam codicillis posterioribus? Quis ignorat, quem pluribus codicillis decedere posse, dummodo in novissimo ab anteriori non recedat? Quid ergo praecipui imperatores statuissent, si satis haberent, voluntatem non esse revocatam? Plane Papinianus ipse postquam dixerat, retineri quidem debere voluntatem quocumque animi indicio, statim addit: *Sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit*; nam perspicuum est, posteriora prioribus derogare; quod sane commune esse debet omnibus codicillis tum anterioribus, tum posterioribus testamento. Sed inquies, quid prohibet, ut imperatores discedere existimarint a Papiniani sententia, unamque prorsus caussam fecissent codicillorum factorum, tum ante, tum post testamentum? Hoc quidem tum tandem crediderim, quum vel iuris ratio non resisteret, vel id posset colligi ex rescripti verbis, uti prostant, non ut Faber interpretatur. Diversa quippe est caussa codicillorum, quos ante testamentum quis confecerit, ab illis qui testamentum sequuntur; nam qui prius per codicillos, tamquam intestatus se gerens, postea se transferat ad testati caussam, incertum est, utrum codicillos respuere, an retinere voluerit una cum testamento; ideoque quum agatur de voluntatis quaestione, necesse est, illam recenti iudicio comprobari, sive signo expresso, sive tacito.

XII. Explorata Papiniani mente de codicillis anterioribus testamento, eaque in consonantiam adducta cum rescripto imperatorum, facile percipimus, quemadmodum una retinuimus eamdem codicillorum doctrinam, sibique consentaneam, quam hactenus ex iure pandectarum expressimus; adeo ut quicquid iuris peculiare intercesserit inter varios codicillorum modos ad testamentum pertinentes, conspirare quodammodo in unum iuris principium videatur. Quippe si legata in illis scriberentur, aeque semper veteres exigebant illorum confirmationem in testamento factam, sive ante, sive post testamentum fierent; quum nisi adesset iuris fictio, quae confirmationis ope habebatur, haud constare poterant relicta verbis directis in tabulis non solemnibus, ut alias vidimus. Unica ergo differentia inter posteriores, ac anteriores testamento, cadere potuit quoad relicta per verba precativa, in quibus confirmatio non exigebatur. In his quidem vel testator confirmatione quoque utebatur in testamento postea sequuto; tumque licet haec supervacanea esset quantum ad vim relictorum, quum in fideicommissis codicilli non egerent confirmatione, utilis tamen fieret ad commonstrandam retentam voluntatem; sin deerat, recte Papinianus putavit, aliquod saltem voluntatis indicium adesse debere, vel in testamento posteriori, vel in quavis novissima scriptura, ut retentae voluntatis probatio omnino constaret, uti et imperatoribus quoque placuit. Itaque quoad relicta per fideicommissum distabant quidem anteriores a posterioribus; in illis enim intercedere debuerat probatio retentae voluntatis, sive haec fieret expressa confirmatione, sive quovis tacito voluntatis indicio; in his non item, utpote quibus locum non habet quaestio voluntatis.

XIII. Haec hactenus de iure codicillorum sub Augusto primum recepto, ac deinde magistratuum iurisdictione, forique disputatione aucto, quantum ex iurisconsultorum scriptis, quae supersunt, depromere licuit. Proximum est, ut novo imperatorum iuri accedamus.

CAPUT II.

De novo iure codicillorum a Costantini Magni aetate ad Iustinianum

I. Quod codicillorum ius Augusti aevo, moribus primum inductum, tum auctum praesertim disputatione fori; ac demum iurisconsultorum opera ad certam iuris normam revocatum adoptavit romana iurisprudentia sub primis imperatoribus; sartum tectum diu illud servavit ad Constantini usque tempora, quando paullatim immutationibus subesse coepit. Et quidem, quantum ex iuris historia coniicere licet, ius romanum, ac praecipue quod spectat suprema voluntatis iudicia, sive ad testamenta proprie, sive ad codicillos referebatur, perspicuum est, saltem quoad summa rerum capita constantissime omnino stetisse ab Augusto ad Constantinum; ex quo deinceps res testamentaria novam quodammodo speciem recipere visa est, non parum a veteri observatione diversam. Atque quum hac potissimum aetate, subacta veteri superstitione, vera dominaretur Christi religio, naturaliter quoque coepit res profana immutari; ut ex tot superstitiosis iuris subtilitatibus, atque formulis, quibus praesertim res testamentaria obvolvebatur, sensim transduceretur ad primoevam naturae simplicitatem, nudumque magis veritatis aspectum. Huic accessit plenior tum temporis imperatorum potestas in novis legibus, sive constitutionibus edicendis, quibus, posthabitis quodammodo veterum institutis, nova in dies prodiit iurisprudentia, sed diverso modo, quo fieri consueverat sub primis imperatoribus. Tum enim si quid immutari vellet ex veteri lege, novaque introduci, vel hoc expresse fiebat, rogatis nempe senatusconsultis, vel novis vocabulorum, aut formularum involucris iurisconsultorum studio artificiose inventis, declinaretur quidem a veteri observatione, licet abrogari ea non vide-

batur aperto iure: ita ut et ius vetus una retinerent, et novum inducerent, ad novos mores comparatum (a), ut hactenus factum vidimus in codicillis, ac fideicommissis (b). At postquam legum ferendarum potestas omnino in principes transferri coepit, quemadmodum cessavit fraudulenta iuris immutatio, ita novis imperatorum constitutionibus conciderunt potissimum tot nominum, ac formularum arcana; iurisque proinde doctrina versa est in simpliciorem caussam.

II. Atque quod ad rem nostram attinet, palam est, sub Diocletiano, qui imperium deposuit duobus circiter annis ante Constantinum, adhuc obtinuisse comperimus idem codicillorum ius, quod apparet ex scriptis veterum iurisconsultorum; varia enim huius imperatoris rescripta de codicillis habita illorum sententiis omnino respondent (c); ut novum illorum ius repetendum omnino videatur a Constantino ad Iustinianum, ut infra latius patebit. Quicquid autem iure novo immutatum deprehenditur, ad duo tantum capita referri potest: unum, quod respicit rectam codicillorum conformationem, sive actus solemnitatem: alterum varios illorum modos; quod tamen per consequentiam inductum est ex exaequutione facta legatorum, ac fideicommissorum;

(a) Tacitus annal. 1. cap. 3.

(b) Vide Heinec. antiquit. rom. ad inst. lib. 1. tit. 2. §. 8. 9. lit. x.

(c) Vide l. 4. C. de codicillis, qua fit mentio de codicillis ab intestato confectis per precativa verba. Item l. 6. eodem, quae loquitur de codicillis testamento confirmatis, sive ante, sive post testamentum factis. L. 3. C. Hermogeniano, qua habetur, non posse, nec dari, nec adimi legata, nisi codicillis testamento confirmatis. Demum l. 22. C. de fideicommissis, ex qua apparet, codicillos considerari tamquam non solemnes, licet testes adhiberentur probationis caussa. Quam quidem doctrinam protulimus etiam ex veterum sententiis.

quum enim ex verborum differentia, nempe precativa, ac imperativa, varia fieret codicillorum ratio, ut demonstravimus, ea sublata continuo recessit, quicquid ex huiusmodi discrimine proficisceretur. Itaque de unoquoque immutationis capite ita hic sermonem instituemus, ut, quum sigillatim utrumque exposuerimus, facile perspici valeat, quid ex veteri iure manserit, quid novo iure statuatur, ac quemadmodum liceat cum veteri novum componere, veterumque sententias ad novum ius transferre.

§. I.

Ius novum codicillorum quantum ad solemnem eorum conformationem.

I. Testationes, in quibus veteres solemnem quidem ritum desiderarunt, ad testamentorum tantum tabulas referebantur, veluti lege admissas. Et quamquam diverso ritu utebantur in testamentis de iure civili, atque praetorio, tamen utcumque is fieret, actus solemnitas omnino intercedere debuerat. Contra in codicillis, tamquam moribus magis constitutis, nullo idcirco ritu voluntas declarari oportebat; atque, ut superiori capite ostendimus, etsi codicilli legitimis etiam constabant probationibus, ut certa haberetur defuncti voluntas, hoc tamen haud constituerat actum solemnem; quum nullum adesset legis praescriptum, secundum quod voluntas exprimi deberet; qua de caussa ius codicillorum, ut vidimus, potissimum a testamentis distinguebatur. Stetit quidem hoc ius constantissime ab Augusto ad Constantinum usque, sive Constantium eius filium, ut suspicatur Iacobus Gothofredus (a); quando res quo-

---

(a) Comment. ad l. 1. C. Theodosiano de testamentis, et codicillis.

dammodo immutari coepit. Etenim imperator (quisquis revera illorum fuerit, quod parum refert hic definire) statuit numerum vel septem, vel quinque testium in iis dumtaxat codicillis, qui fierent ab intestato (a): *in codicillis*, inquit, *quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti* SEPTEM TESTIUM, VEL QUINQUE *interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.* Caussam sane huic novo iuri in codicillis praebuerunt frequentissimae quaestiones de falsis; scriptura enim non solemnis facilius subest falsariorum fraudibus; quibus imperator occurrere volens, ait: *sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.*

II. Praescribitur autem hac lege solemnis testium numerus in iis codicillis, *quos testamentum non praecedit*; sive, ut interpres exponit, *qui ad vicem testamenti fiunt.* Plane quoniam codicilli ab intestato vicem testamenti exhibere videntur, illiusque ius quodammodo imitantur, ut diximus, credidit imperator, nil magis consentaneum esse, quam ut parem utriusque faceret caussam eodem testium numero praescripto in codicillis ab intestato, qui et testamentis adhibebatur. Hinc primum distingui coeperunt quantum ad formam codicilli ab intestato a ceteris ad testamentum pertinentibus; nam illi quidem solemni ritu peragi debuerant, testamenti exemplo; hi tamen manserunt secundum veterem observationem. Etenim in novo iure constituendo raro solet ius vetus semel omnino abrogari; sed potius initium ducitur ab iis, quae sunt immutationi proximiora; deinde temporis progressu eo pervenitur, unde incipere durum fortasse videri potest. Sed quid est, quod imperator statuens eumdem testium numerum in codi-

(a) L. 1. C. Theodosiano de testamentis, et codicillis.

cillis ab intestato, ac in testamentis, ait, illum esse debere vel quinque, vel septem? Recte Gothofredus arbitratur (a), hoc quidem referri ad variam testamentorum formam, quae adhuc obtinebat sub Costantino, nimirum ex iure civili, id est per mancipationem, et ex praetorio. Nondum quidem obsoleverat testandi ratio per aes, et libram, adhibitis nempe quinque testibus, libripende, familiaeque emptore; sed, uti quisque mallet, vel testari poterat per mancipationem adhibitione quinque testium, vel septem testium ex iure praetorio. Itaque perduxit Imperator ad huiusmodi codicillos eamdem formam, quae testamentis servabatur; quibus quemadmodum permittebatur numerus, vel quinque, vel septem testium secundum formam, vel civilis, vel praetorii iuris, ita varius ille numerus praescriptus est in codicillis ab intestato; quos solemnes omnino haberi iussit; atque, ut apertius significaret, idem velle in quavis suprema voluntate sine testamento relicta, sive codicilli appellarentur, sive epistolae, addidit ea ultima verba: *Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.*

III. Quantum vero ad codicillos, vel epistolas ad testamentum pertinentes, etsi ius vetus adhuc perdurasset, Thedosius magnus tamen illud postea turbare quodammodo instituit. Cavit hic humanissimus imperator, se numquam admissurum relicta sibi, vel suis non solemnibus scripturis, utpote quae facile essent fraudibus obnoxiae, tantum sibi permittens, quod cautum haberetur solemni testamento. Ceteris tamen haud improbat illarum usum, sed hoc addit: ut si quaestio sit de earum fide, tum statuit, onus probationis ei incumbere, qui scripturam proferat, sive qui ex illa lucrum quaerit: *Quae codicillis*, inquit (b), *aut epistolis nobis, necessitudinibusque nostris relinquuntur, non admitti-*

(a) Loco cit.
(b) L. 2. C. Theodosiano de testamentis, et codicillis.

mus : sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco praebemus licentiam , ut civiliter , sive criminaliter , ut actor elegerit , super prolata epistola requiratur ; ET INCUMBAT PROBATIO EI PRIMITUS, QUI SCRIPTURAM OBTULERIT (quae sequuntur, habentur in codice Iustinianeo (a), uti hanc legem transcripsit Tribonianus) *deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit.* Et quidem nota est iuris regula , ut qui falsum arguit , probationem praestare teneatur (b); alioqui pro scriptura praesumitur. At quoad codicillos non solemnes voluit Theodosius Magnus satis esse , scripturam dici suspectam , ut qui ex illa vult capere relicta , eius comprobet veritatem.

IV. Verum gliscente in dies falsariorum insolentia in supremis , placuit tandem Theodosio Arcadii filio unam solemnem iuris observationem statuere in quibuscumque codicillis , tum ab intestato , tum ad testamentum factis , sive scriptis , sive nuncupatis ; ita tamen , ut quoad testium numerum distinguerentur testamenta a codicillis ; atque in illis septem omnino praescripsit (c); in his vero quinque. Huius Imperatoris constitutio prostat in codice Iustinianeo his verbis (d) : *In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati , vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi , sive in scriptis , sive sine scriptis voluntas conficiatur testibus videlicet , quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.* Itaque statuit, quamcumque supremam voluntatem praeter testamentum , sive scriptam , sive nuncupatam , non secus valere, quam quinque testibus solemniter adhibitis ; qui, si scriptis fieret, subscriptionem suam quo-

(a) L. ult. C. ad legem Corneliam de falsis.
(b) L. 24. C. de probationibus , et l. 22. C. ad legem Corneliam de falsis.
(c) L. 21. C. de testamentis.
(d) L. ult. §. ult. C. de codicillis.

que adiiciant. Ac quidem, ut scite animadvertit Iacobus Gothofredus (a), Theodosii aevo prorsus exolevit testandi modus per aes, et libram; atque tum primum varia testamenti forma ex iure civili, et praetorio in unam consonantiam coaluit; quo factum est, ut septem testium numerus ex iure praetorio descendens testamento adscriptus est, veluti tabulis solemnioribus: numerus vero quinque testium, iure civili adhibitus in testamentis per mancipationem, tributus est codicillis: ideoque in testamentis retentus est testium numerus ex iure praetorio, in codicillis vero ex iure civili. Atque ubi Constantinus dederat codicillis dumtaxat ab intestato eumdem testium numerum vel septem, vel quinque, prout servabatur in testamentis, quum adhuc perstabat varius testandi usus vel per mancipationem, vel sine mancipatione ex praetoris beneficio, Theodosius contra quum iam in desuetudinem abiisset testandi ratio per mancipationem, unam fecit omnium codicillorum caussam, a testamentis tamen distinctam quantum ad testium numerum.

V. Litem hic moverunt interpretes, an hoc ius novum de solemni quinque testium numero in codicillis Theodosio revera tribuendum sit, an magis Iustiniano? Occasionem quidem huic dubitationi praebet, quod licet huiusmodi constitutio nomen Theodosii praeseferat, quum tamen Tribonianus eam adiecisset cuidam alteri Theodosii constitutioni, quae prostat in codice Theodosiano, atque in eo non extet, quod in Iustinianeo refertur de codicillorum solemnitate, colligunt idcirco nonnulli post Balduinum (b), et Giphanium (c), inter quos etiam Boehmerus (d), Tribonianum hoc qui-

(a) Comment. ad cit. l. 6. C. Theodosiano de testamentis, et codicillis.
(b) Inst. lib. 2. tit. ult.
(c) In codice ad l. ult. §. ult. de codicillis.
(d) Cap. 1. §. 26. suae disput.

deni Theodosio appinxisse, quum revera Iustinianum habeat auctorem; hancque coniecturam verisimilem reddere conantur, quod non videtur a Iustiniano alienus hic numerus quinque testium, quum in servorum manumissione per epistolam, aut inter amicos eumdem numerum praescribat (a): ac propterea haud immerito eum auctorem quoque feceris eiusdem testium numeri in codicillis.

VI. Fateor equidem, nullibi, quam hoc loco, Tribonianum falso accusari; nam tantum abest, Theodosio constitutionem negari, ut nullo pacto ea Iustiniano tribuenda videatur. Ac primo non quod in codice Theodosiano non legatur eadem constitutio, quae in Iustinianeo apparet, indicio esse potest, Theodosium id revera non cavisse; etenim si ita argumentari liceat, consequeretur, tot constitutiones transcriptas quidem in codice Iustinianeo sub Theodosii, aliorumque imperatorum nomine, quae tamen desunt in collectione codicis Theodosiani, uni Iustiniano fore necessario adscribendas; quo certe nil ineptius dici poterit. Quis autem ignorat, codicem Theodosianum, uti ad nos pervenit, mutilum omnino esse, atque imperfectum, ut iam pridem viri eruditi, Gothofredus praesertim sexcentis animadverterunt? Quid ergo est, legem ideo Theodosio negare, propterea quod haec absit a codice Theodosiano? Sed urgent, illa legis verba, Tribonianum quidem attexuisse alteri Theodosii constitutioni, quae tamen reperitur, tum in codice Theodosiano, tum Iustinianeo: quo fit, ut quod Tribonianus postremo loco adiecerit, revera illius pars esse non videatur. Libenter hoc admiserim; sed male hinc infertur, Iustiniano magis, quam Theodosio eam esse tribuendam; non enim quod haberi nequeat, tanquam pars illius constitutionis, cui subnectitur, consequitur, eam proinde Theodosii non esse. Perspicuum quidem est, ut Gothofre-

---

(a) L. unica §.1. et 2. de latina libertate tollenda.

dus monet (a), Tribonianum saepe plures, tum unius, tum diversorum imperatorum constitutiones una lege comprehendisse, quod pluribus exemplis demonstrat: ut nil mirum, si quae duabus ipsius Theodosii legibus continerentur, Tribonianus simul complexus esset. Potuit ergo duas Theodosii constitutiones una lege comprehendere, quod pluries fecisse comperimus; sed frustra inde conficiunt, Theodosium illius non videri auctorem. Atque perperam plerique non accurati interpretes, quos inter Boehmerus sententiam suam comprobare conantur auctoritate Jacobi Gothofredi; is namque etsi fateatur, Tribonianum attexuisse illi legi Theodosii, quod eius non esset, nusquam tamen admittit, Iustiniano magis, quam Theodosio adscribi debere; ita enim loquitur (b): *Subiicit hoc loco Tribonianus, et huic legi attexit, quae eius non sunt, de numero, et qualitate testium in codicillis, omnique alia voluntate praeter testamentum.*

VII. Praeterea quod Theodosius hoc loco expresse cavit de solemni testium numero in codicillis, obiter quoque repetit in alia lege, quam tulit de testamentorum forma; ait enim, prius testamentum non rumpi per posterius, nisi novissimum perfectum sit. Quod si in priori scriptus sit extraneus heres, in posteriori vero legitimus, *eo casu*, inquit (c), *licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus*; IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM IURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; *quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.* Igitur in codicillis ab intestato, sive, ut loquitur,

(a) In prolegomenis ad codicem Theodosianum, cap. 4.

(b) In notis ad l. 7. C. Theodosiano de testamentis, et codicillis.

(c) Cit. l. 21. §. 3. C. de testamentis.

in intestati voluntate numerum quinque testium hac ipsa lege Theodosius praescribit. Et quamvis hic tantum mentio fiat de codicillis ab intestato, non item de pertinentibus ad testamentum, ad quos sermonis ratio referri non poterat, satis tamen liquet, Theodosium quidem distinxisse numerum testium in testamentis, ac in codicillis; ideoque ait: *in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt*; quum contra principio legis numerum septem testium iussisset in testamentis. Neque cavillaveris, hunc testium numerum in codicillis ab intestato a Constantino magis repetendum. Etenim constitutio illius imperatoris, ut vidimus, longe diversa est ab hoc novo iure Theodosii: ille quidem, quum antea codicilli non essent solemnes, satis habuit perducere codicillos ab intestato ad eamdem testamentorum solemnitatem; nimirum vel adhibitione septem testium, si fierent secundum formam iure praetorio constitutam, vel quinque per mancipationem ex iure civili; in qua praeter testes aderat libripens, familiaeque emptor. At Theodosius, cuius aetate exoleverat testandi forma per mancipationem, quum hoc loco praeceperit numerum quinque testium in codicillis ab intestato, haud intellexit comprobare, quod sanxerat Constantinus; nam quod hic commune fecerat testamentis, ac codicillis ab intestato, Theodosius, sublato iam mancipationis usu, distinxit; atque testamentis septem, codicillis vero quinque testes assignavit. Quare non video, qua fronte liceat hoc novum ius Theodosio negare; quum manifestissime contrarium appareat ex duabus constitutionibus, quae Theodosium praeferunt.

VIII. Ceterum dicant, quaeso, Triboniani obtrectatores, qua de caussa celari debuerat Iustiniani nomen, si revera huius novi iuris auctor fuisset? Palam est ex libris iuris, quanta gloria Iustinianus efferatur; vel quum ius vetus abrogatur, vel novum profertur; quantoque studio Tribonianus imperatorem suum ostentet, vel quum quid minimum proponatur a veteri iure immutatum; ut non immerito interdum a doctis viris note-

tur, propterea quod Iustiniano facile tribuat, quae magis aliorum sint. His praemissis de Triboniani indole, atque de imperatore tam glorioso in novo iure condendo, quis umquam sibi persuaserit, Tribonianum Theodosio magis adscribere attentasse, quod esset Iustiniani? An hic puduerit Iustinianum efferre, quum in tanta novi iuris introductione, quanta prostat ex hoc imperatore, praesertim in re testamentaria, numquam Tribonianus Iustiniani nomen suppresserit?

IX. Demum quod asserunt, ex Iustiniani nempe constitutione de numero quinque testium in manumissionibus per epistolam, vel inter amicos (a) coniecturam duci, eumdem quoque imperatorem sanxisse parem testium numerum in codicillis, non modo alienum prorsus esse crediderim, quin si constitutionis verba perpendantur, magis est, ut dicamus, Iustinianum imitari voluisse in manumissionibus, quod Theodosius statuerat in codicillis. Et quidem postquam caverat imperator, non recte manumissionem dari per epistolam, nisi quinque testibus adhibitis, addit: *Libertas servo competat, quasi ex* IMITATIONE CODICILLI *delata*; quod etiam repetit in manumissione inter amicos his verbis: *quasi ex codicillis libertatem adipiscentes*. Quid quaeso ex hoc loco colligi licet, nisi quod Iustinianus imitari voluerit in manumissionibus, quod cautum esset de codicillis? Nonne aperte inquit, libertatem datam videri *ex imitatione codicilli*? At, inquies, ideo hic fit mentio codicillorum, quod idem Iustinianus talem testium numerum fortasse in codicillis praescripserat. Sed quid obstat, cur codicillos ideo nominasset; quia iam ille testium numerus ex Theodosio obtinuerat? Forsan rectius hoc dici nequit? Itaque, ne in re tam levi longiores simus, satis ostendimus quot falsis argumentationibus contendant ius novum de solemni quinque testium numero

---

(a) Cit. l. unica §. 1. et 2. de latina libertate tollenda.

in codicillis Theodosio negare, quum ceteroqui nulla caussa sit, cur Tribonianum calumniemur.

X. Restat, ut Iustinianum tandem adeamus; quo auctore perspiciendum modo est, an quid novi revera inductum sit quoad codicillorum formam, qualem statuerat Theodosius. Is profecto nedum nil immutavit a Theodosiana costitutione; quin relatis donationibus caussa mortis inter species supremae voluntatis, praecepit eumdem testium numerum in huiusmodi donationibus, qualem Theodosius praescripserat in quibuscumque supremis voluntatibus praeter testamentum (a); idemque cavit in manumissionibus servorum per epistolam, vel inter amicos instar codicillorum. Unum protulit a Theodosiana lege quodammodo alienum; quod tamen peculiarem tantum speciem attingit. Cuique notum, quemadmodum Iustiniano auctore una, eademque facta sit caussa legatorum, ac fideicommissorum, tum quantum ad actiones, tum quantum ad iuris potestatem, ut latius infra ostendemus. Quod autem spectat relicti probationem, placuit huic Imperatori, ut magis prospiceretur voluntatibus defunctorum, benigniorem facere relictorum caussam per fideicommissum; statuitque, ut si testator fideicommissa quidem voce pronunciasset vel heredi, vel legatario, a quo illa praestari velit, licet nulli omnino testes adsint, ea quidem valere, quum satis existimaverit, relicti probationem excuti ab illius fide, a quo fidei committatur. Quod si ea is praestare recuset; nec fideicommissum proinde fateatur, iureiurando cogendus ad defuncti voluntatem aperiendam, sibique manifestatam: quo delato, vel negat, vel affirmat, vel iurare noluerit; si negat, nihil debetur; si affirmat, id omnimodo praestabit, licet nullus testis adfuerit; ac demum si iurare nolit, perinde eum haberi, ac si fideicommissum fateretur (b). Itaque quantum ad fideicommissa relicta per

(a) L. 4. et ult. C. de donationibus caussa mortis.
(b) L. ult. C. de fideicommissis, et inst. lib. 2. tit. 23. §. 12.

nuncupationem, vel sine testium praesentia voluit, sequendam fidem esse illius, a quo testator reliquerit: *Quum enim*, inquit (a), *per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius caussae commissa est) dicere compellitur veritatem për Sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur: vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, et indubitata fide relicta?* Iustinianus ergo retenta, tum testamenti, tum codicillorum solemni forma, excipit a generali regula fideicommissa per nuncupationem dumtaxat declarata; dummodo illorum fides habeatur per manifestationem illius, a quo relinquuntur. Scio, quanto scribendi otio abutantur forenses scriptores, ut hanc sinceram imperatoris mentem, excitatis tot futilibus quaestionibus, detorquerent ad falsissima consequentia; de quibus late egit Harprechtus (b); easque potissimum attingit quoque Boehmerus (c). Sed ne a proposito divertamus, rectius illas examinabimus in adnotationibus, quas loco suo attexuimus ipsi Boehmeri disputationi.

(a) Cit. l. ult. C. de fideicommissis.

(b) Peculiari tractatione edita de remedio legis ultimae C. de fideicommissis.

(c) Cap. 2. suae disput. §. 5. 6. et 7.

§. II.

An novo iure desideretur actus solemnitas in codicillis?

I. Quum hactenus exposuerimus ius novum codicillorum a Constantino ad Iustinianum usque profectum, quantum ad primum immutationis caput, quod spectat rectam illorum conformationem, antequam ultra progrediamur, praestat aliquantisper immorari in quibusdam expendendis quaestionibus ab interpretibus diu controversis; quaeque codicillorum formam respiciunt. Ac primo dubitarunt, an novo iure codicilli habendi sint, tamquam solemnes instar testamenti; an potius ille testium numerus a Theodosio praescriptus probationis tantum caussa exigatur, qui proinde nequeat referri ad actus solemnitatem? Huic disputationi occasionem praebuit Tribonianus quum ait (a): *Codicillos autem etiam plures quis facere potest*, *et* NULLAM SOLEMNITATEM ORDINATIONIS DESIDERANT. Cur, inquiunt, nullam eos exigere solemnitatem ait, si lege sit testium numerus praescriptus, itemque *testes uno eodemque tempore debent adhiberi*, ut loquitur Theodosius? Ex interpretibus quidam, ut prae ceteris placuit Galvano (b), contendunt, Theodosium revera haud codicillos fecisse solemnes; nec legitimus testium numerus actus spectat solemnitatem, sed tutiorem tantum voluntatis probationem; ideoque nec immerito Tribonianus credidit, nullam prorsus eos desiderare solemnitatem. Alii contrà agnoscunt quidem in codicillis actum solemnem ex Theodosio; sed vitio vertunt Triboniano, quod immemor novi iuris ex aliquo veteri iurisconsulto ea verba transcri-

---

(a) Inst. lib. 2. tit. ult. §. ult.
(b) De usufructu cap. 10. num. 13.

psisset; quam quidem sententiam sequuntur doctiores institutionum interpretes (a). Vulgo demum distinguunt solemnitatem *ordinationis*, de qua loquitur Tribonianus, a solemnitate *probationis*; primam in codicillis negant, alteram affirmant; quo solemnitatis discrimine facto existimarunt, recte conciliari Theodosii constitutionem cum Triboniani sententia; ac propterea ex Theodosio erunt solemnes codicilli solemnitate probationis, ex Triboniano vero non solemnes solemnitate ordinationis; quasi unus, idemque actus partim solemnis esse valeat, partim non solemnis, quo sane nil ineptius; ut non immerito Vinnius rideat huiusmodi futiles arabum cavillationes, verborumque captiunculas (b).

II. Res, inquam, meo iudicio, nequit recte definiri, nisi primum omnium internoscatur *solemnitatis* notio; prius est enim, ut statuatur, quid in iure veniat pro actu solemni; tum quaeremus, an actus solemnis in codicillis iure novo requiratur; ne aliter verborum ambagibus delectari magis videamur, quam solida iuris doctrina. Actus solemnis in iure is appellatur, qui expletur secundum certam iuris observationem, certo nempe ritu servato lege praescripto; quem si neglexeris, actus ipse pro nullo habetur, tamquam si res acta non esset. Distingunt porro iurisconsulti *recte* factum, a *rite* factum, ut probe animadvertit Cuiacius (c): *recte* fieri dicitur, quum quid quoquo modo expleatur, iure aeque probetur, sive quum lex nullam praescripserit observationem, qua fieri deberet, ut valeat; sed satius est, revera id actum esse eo modo, quo homines naturaliter solent. *Rite* vero agi, seu fieri dicitur, quum res fiat ea legis observatione, quae iure est constituta, sive quum adhibea-

---

(a) Ita Vinnius, Everardus Otto, ac cl. Cirillus ad cit. Triboniani locum.

(b) Loco cit.

(c) Tract. 3. ad Africanum ad l. 6 de lege cornelia de falsis.

tur ritus solemnitas iure praescripta. Hinc miles si testetur non servato solemni ritu paganis imperato, *recte* eum quidem testatum esse dixerimus, sed non *rite*, licet huiusmodi testatio iure consistat; quum militibus datum sit testari sine ulla iuris observatione. Contra paganus si testatur non adhibita iuris norma, quoniam non *rite* testatus est nec *recte* proinde eum testatum appellaveris; nam quod *rite* factum non est, neglecta nimirum ritus solemnitate lege praescripta, non iure factum dicetur. Elegantissime hoc exprimit Africanus his verbis (a): *similiter igitur et non iure factum testamentum id appellatur*, IN QUO, SI OMNIA RITE FACTA ESSENT, IURE FACTUM DICERETUR. Non ergo habetur, quem iure testari, nisi omnem iuris observationem servaverit; qua non adhibita, etsi voluntatem suam revera declaraverit, nihil tamen *iure egisse* videtur, qui *rite* eam non manifestavit, et ideo Africanus non *iure facto* opponit *rite factum*; nam nequit iure factum haberi, nisi et *rite* factum sit. Similiter Ulpianus (b): *condemnatum*, ait, *accipere debemus eum*, *qui RITE condemnatus est*, *ut sententia valeat*: quippe in iudiciis quidam ritus solemnitas servatur (c), ita ut iudex non tantum recte, sed et *rite* sententiam proferre debeat, adhibitis nempe iuris solemnibus, quae leges praescribunt in sententiis pronunciandis; ideoque subdit: *ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit* (si forte neglexerit, vel minimam iuris observationem) *dicendum est*, *condemnationis verbum non tenere*. Item idem Ulpianus, quum significare voluit testamentum conditum servatis iis iuris solemnibus, quae lege statuuntur, *rite perfectum* illud appellat: *tunc autem*, inquit (d) *prius testamen-*

(a) L. 6. de lege cornelia de falsis.
(b) L. 4. §. 6. de re iudicata.
(c) Vide Gellium, noct. att. lib. 14. c. 2.
(d) L. 2. de iniusto, rupto etc. testamento.

tum rumpitur ; quum *posterius RITE perfectum est* , id est secundum legis praescripta (a).

(a) Vox *ritus* , unde *rite* ex primaeva vocabuli originatione ius proprie significat , ut eruditissimus Mazochius arbitratur, diatriba 2. de ritibus sponsaliorum; cuius integram sententiam hic transcribere non gravabimur. Ita exorditur vir summus : *Io. Gottl. Heineccius I. cons. eruditissimus in syntag. antiq. initio tituli de nuptiis gravem Triboniani accusatorem produxit Thomasium eo nomine, quod in titulo digestorum , qui de ritu nuptiarum ab eo inscribitur , nullum iurisconsultorum fragmentum rituale recensens , tamen ea , quam dixi , inscriptione usus fuerit. Nec dubitat is quidem , quin antiquiores iuris antistites eamdem epigraphem in suis scriptis usurpaverint, sed eos sic inscripsisse vult , quod sub eo lemmate de nuptialibus caeremoniis accurate agerent. Quam rubricam quando compilator iste retinere voluit , cur non aliquod saltem responsum rituale inseruit ? Verum , ut fatear , ignorata hactenus vocabuli* ritus etymologia , *ac notio eam invidiam Triboniano , imo et antiquioribus iurisconsultis creavit : nam etiam apud veteres illos prudentes titulus* , de ritu nuptiarum , *non mere caeremonialia, uti mihi certo persuadeo , sed legalia responsa complectebatur. Ergo* ritus *proprie non aliud , quam leges , et iura significat ; eaque significatio , et etymologiae , et usui eius vocabuli nititur .... Itaque non expectandum ab antiquis consultis , ut a Triboniano erat , ut sub ea rubrica caeremonias confarreationis , coemtionis , domum ductionis , et quae porro erant exponerent. Quamquam vel si veteres iuris interpretes de confarreatione, coemtione, usu fortasse egerint , haec tria illi , non tamquam caeremonias meras, sed tamquam modos acquirendi dominii in uxorem considerabant. Ab etymologia ordiar.* Ritus (*ut in Tyrrhenicis dicam in diatriba* 9) *vox est etrusca , quae et in tabula* III. *Iguvina reperitur , ubi* recte *idem est quod* rite. *Est autem consentaneum , ut Etruria , quae*

III. Quicquid autem ad irritum explendum pertinere po-

---

rituum magistra semper est habita, etiam vocabulum ipsum in Latium invexerit. Ac miseret me Vossii a τρίβοι *vocem ritus* ἐπομολογοῦντος: *quid his facias, qui quantum est latialis sermonis, de graeco musarum ingratiis auferunt? Atqui Etruscos ab Oriente pleraque sua habuisse, ibidem ad nauseam demonstravimus. Ne plura: hebraeum* dat, *et chaldeum* deta, *iura, ac leges significat. Ubicumque autem* daleth *in vocibus orientis occurreret, eam literam Tusci* rhotacismo *delectati in caninam literam commutabant, aut commutare ex modo pronunciationis videbantur: de quo vide dicta in Tirrhenicorum diatr. IV. §. 2. ubi de Ravenna, quae olim* Cumerum *dicebatur, et in diatriba V. ad tofum Campanum. Ergo ex* deta *fiebat* reta, *et cum terminatione latina* ritus. *Qua vox proprie iura significat: quia vero apud hebraeos leges aliae sunt caeremoniales, aliae morales, aut iudiciales, hinc apud Etruscos, Latinosque* ritus *haec omnia significabat. Habes de etymologia, ac vera vocabuli notione. Nunc videndum, an ea significatio cum latinorum scriptorum usu conveniat. Primum exemplum affero tituli digestorum* de ritu nuptiarum, *a quo tamen titulo caeremoniae absunt. Ad haec Plinius XII. 8.* Ritu (*id est lege*) naturae capite hominem gigni mos est, pedibus efferri. *Tacitus de Mose.* Novos ritus (*leges mosaicas intelligit*), contrariosque ceteris mortalibus indidit. *Sed nusquam plura exempla, quam in ablativo* rite *reperias (quod non esse adverbium, sed auferendi casum, ostendit tum e breve, tum illud Statii XII. Theb.* 285: hei mihi primitiis ararum, et rite nefasto libatus) *quem ablativum passim pro* iure, *sive* lege *veteres formulae accipiunt. Quare utrumque tamquam sinonima iunxit Plautus in Cistel.* Itaque hanc lege, et rite civem cognitam Alcesimarcus, ut nactus erat, possidet. *Auctor. ad Heren. lib.* 1. Testamentum ipso praesente conscribunt, testes rite affuerunt. *Quae exempla non ad meras caeremonias*

terit, consulti *solemnia* appellarunt; hinc Papinianus

---

sed ad iura pertinent. Sic rite facta *l. 6. ad l. Corneliam de falsis*, *et* rite facta delegatio *in l. 2. C. de novationibus. Et quod ex Tertulliano solet in disceptatione hac de nuptiis iniussu patrio factis afferri in lib. 2. ad uxor.* Nam nec in terris filii sine consensu parentum rite, et iure (κατὰ συνωνυμίαν scilicet) nubunt. *Ad haec* rite contractum matrimonium, et rite contractae nuptiae *in l. 3. et 6. C. de interd. matrim. Et alia sexcenta.*

Haec vir eruditissimus. Sed ut ut has voces RITUS, et RITE latini scriptores usurpaverint, palam est, apud iurisconsultos proprie acceptas pro ea iuris parte, qua non tam res ipsa cavetur, quam modus, sive observatio, quae tenenda sit, quum illa expleatur. Recte quidem Tribonianus titulum inscripsit non de *iure*, sed de *ritu* nuptiarum, uti Modestinus quoque fecerat libro singulari ita inscripto. Etenim *ius* proprie rem ipsam magis respicit, quam illius observationem; ideoque quum lex nuptias revera non constituat, sed consensus contrahentium, licet ex consequenti hic iure probetur, non recte tamen nuptiarum constitutionem iuri proprie adscripseris. Ergo pro *ritu nuptiarum* intellexerunt prudentes, quicquid iure servari oporteret in nuptiis contrahendis, seu qua iuris norma contrahi deberent, ut *iure factae* dicantur. Enim vero eodem titulo potissimum agitur de parentum consensu in nuptias filiorum familias, de personis inter quas haec constant, necne, et cetera huiusmodi; ex quibus intelligitur, *ritum* in iure proprie significasse eam legis partem, quae rem ipsam comitatur; quo sane spectat illud Africani cit. l. 6. ad legem Corneliam de falsis: *si omnia rite facta essent, iure factum diceretur.* Quin ex Plauti loco a Mazochio relato (si tanti viri auctoritas accederet) coniicere auderem, apud latinos quoque scriptores vocem *rite* hoc idem potissimum significasse. Ait Plautus: *Itaque lege hanc, et rite civem cognitam Alcesimarcus, ut nactus erat, possidet.* Hic sane fa-

ait: (a) *Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt etc.* nam idem est *rite*, quid fieri, ac ea omnia solemnia servari, quae lege praescribantur; et Ulpianus (b) *solemniter actum* appellat, quod rite sive secundum legis praescripta servatum sit in stipulationibus contrahendis. Sic *solemnia accusationis* dixerunt Modestinus (c), et Papinianus (d) eam iuris observatio-

---

cile distingui poterit, quid *lege*, quidque *rite* veniat. *Lege* quidem Alcesimarchus uxorem duxit mulierem, quam in concubinatu habuerat; quaeque et ingenua esset, et honestae vitae; quum corpore quaestum non fecerit. Nam, ut scribit Marcianus l. 3. de concubinis, lege vetabatur, in concubinatu clam haberi ingenuam mulierem honestae vitae: *sed*, ut inquit, *necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusante, stuprum cum ea committere.* Item Modestinus l. 24. de ritu nuptiarum: *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*; ideoque hoc sensu *lege* Alcesimarchus eam possidere videbatur. Quod autem ea ingenua esset, *rite* cognosci debuerat; quum tamquam proiectitia, illius status proinde ignoraretur. Atqui ex crepundiis in cistella repertis, aliisque indiciis ubi parentes eam agnoverunt, *rite* idcirco ait *civem cognitam*; propterea quod agnitione a parentibus facta civis, et ingenua *rite* habebatur. Itaque τό *lege* refertur ad iustam mulieris possessionem, quam usu nactus erat; τό *rite* spectat ingenuitatis statum, cuius cognitio tamquam rite facta, iure facta proinde videretur; ideoque utrumque complectens ait: *Itaque lege hanc, et rite civem cognitam Alcesimarchus, ut nactus erat possidet.* Neque ab hac pressiori significatione aliena sunt cetera adducta scriptorum loca, ut quisque viderit.

(a) L. 1. de iniusto rupto etc. testamento.
(b) L. 30. de verborum obligationibus.
(c) L. 18. de accusationibus.
(d) L. 11, §. 5. ad legem Iuliam de adulteriis.

nem, quae in indicio accusationis adhiberi debet. Marcellus (a) quoque dixit *solemnia* quicquid in iudiciis rite servetur, ideoque imperatores (b) rescripserunt: SOLEMNIBUS *itaque* ORDINATIS *apud praesidem provinciae de statu vestro cognoscetur* (c). Item *solemnes* actiones appellabantur, quae certis formulis erant conclusae (d). *Solemnia* verba dixit etiam Hermogenianus (e) formulam, quae proferri debuerat in manumissionibus vindicta. Et *solemniter denuntiare* accipit Paulus (f) pro iuris observatione in denuntiationibus servanda; quemadmodum pro *iure solemni decurso* (g) intelligit iuris solemnia iam absoluta (h). Et in summa quicquid non tam recte, sed et rite agi, vel dici oportet, *solemniter* actum, vel prolatum in iure appellatur; ita ut solemnitas actus ad formam iure praesciptam omnino referatur.

IV. His ita perspectis de actu solemni, facile nunc intelligimus, quemadmodum codicilli habendi sint, tum de iure veteri, tum novo ex Theodosio. Etenim, ut primo capite monuimus, eo potissimum ex veteri iure distabat testamenti ratio a codicillis, quod voluntas per testamentum declarata non aliter constaret, nisi adhibitis iuris solemnibus (i): contra quum in codicillis nullam veteres praescripserint iuris observationem, nec rite eos fieri dicebantur, nec proinde haberentur solemnes; ac propterea si recte tantum fierent, iure facti viderentur. Et quamquam testes quoque aderant, ut ostendimus;

(a) L. 7. de in integrum restitutionibus.
(b) L. 11. C. de liberali caussa.
(c) Vide etiam l. 13. et 15. eodem.
(d) Brissonius, de verborum significatione verbo *solemnes*.
(e) L. 23. de manumissis vindicta.
(f) Sentent. recept. lib. 2. tit. 13. §. 5.
(g) Sentent. recept. lib. 2. tit. 21. §. 5.
(h) Vide Schultingium ad hunc Pauli locum.
(i) Cit. l. 1. de iniusto rupto etc. testamento.

quum tamen illorum adhibitio probationis tantum caussam respiceret; nil enim iure cantum fuit, nec quoad testium numerum, nec quoad formam, qua adhiberentur, nec idcirco actus solemnis in codicillis desiderabatur. At iussis a Costantino primum iisdem iuris solemnibus in codicillis ab intestato, quae propria essent testamentorum; indeque constituta a Theodosio sua peculiari forma in quibuscumque codicillis a testamentis distincta, nemo sanus inficiabitur, eos revera factos esse solemnes. Perspicuum quidem est, Theodosium talem in illis observationem cavisse, qualis nisi adhibeatur, prorsus inutiles fiunt; si ergo ex novo iure non tantum recte, sed et rite fieri debent, ut valeant, necessario consequitur, solemnes omnino eos effecisse. Sed quaenam erit haec iuris observatio, qua neglecta, codicilli tamquam non rite facti, iure non constant? Satis liquet, ex imperatoris constitutione ad tria capita illam referri; ex quibus duo quidem satis habentur in codicillis per nuncupationem; numerus nempe quinque testium, eorumque adhibitio uno actus contextu; tertium, quod proprium est codicillorum per scripturam, id est testium quoque subscriptio. Atque haec sunt solemnia a Theodosio in codicillis praescripta; quorum si vel unum negligatur, veluti non rite facti, statim concidunt. Vel ergo ex libris iuris tollenda Theodosiano observatio; vel si eam retineas, necesse est, solemnia in codicillis omnino fateri.

V. Nunc tandem licet varias interpretum sententias perpendere; atque ut a Galvano ordiar, cui placuit solemnia in codicillis negare, admittens tantum certum testium numerum tutioris probationis caussa, is profectò confundit caussam, ob quam Theodosius testium numerum definivit cum ipsa legis observatione. Quis non videt, numerum quinque testium, aliaque praescripta non alia de caussa imperatorem cavisse, nisi ut ita voluntatis veritati consuleretur? Constantinus quidem quum contulit codicillos ab intestato ad eadem testamentorum so-

lemnia, ideo hoc statuisse fatetur, quod, ut inquit (a), *sic fiet, ut testantium successiones, sine aliqua captione serventur*; an idcirco conficies, solemnia in illis non desiderari? Quinimmo ideo sunt solemnes, quia, ut tutior fieret eorum probatio, certa norma constituta est, quae actum solemnem effecit. Deinde distinguenda est ipsa iuris observatio a tutiori probatione, quae caussam dedit constitutioni; haec enim haberi etiam posset pauciori testium numero, quam quinque; at si quatuor fortasse adhibeas, forsitan codicilli iure constabunt? Quid ergo est, quod nisi constitutionis praescripta rite serventur, actus ipse pro nullo habebitur, licet alioqui de codicillorum fide satis constiterit? Nimirum ea est solemnis actus natura, ut vel si quid minimum declinetur ab observatione lege definita, continuo actus corruit, nec ius illum tuetur; nam ubi solemnia non impleveris, in legem offendes; atque tamquam non iure factus, nec iure consistit. Plurium ergo testium numerus tutiorem quidem reddit probationem voluntatis; qua de caussa lex nedum numerum praescripsit, sed et modum, quo testes adhibeantur; attamen ipsa legis norma caussa est, ut actus solemnis reddatur; quemadmodum probatio voluntatis in testamentis quoque haberi posset pauciori numero testium, quam septem, at prorsus deliraveris, si certum illorum numerum, non ad solemnia referas, sed ad caussam tantum tutioris probationis. Hinc Paulus (b) definitum testium numerum in testamentis *solemnem* appellat: *et si plures*, ait, *fuerint testes adhibiti*, *sufficit* SOLEMNEM NUMERUM *exaudire*. Cur *solemnem* vocat? Quia est iure definitus; ita ut, si minus, quam septem lex exegisset, ut Theodosius fecit in codicillis, quisquis ille fuerit numerus, solemnis aeque appellatur, dummodo certus sit iure praescriptus. Quare quoad non tollas necessariam iuris observationem, num-

---

(a) L. 1. c. Theod. de testam. et codicill.
(b) L. 21. principio qui testamenta facere possunt.

quam solemnia sustuleris in codicillis; nisi in contradicentia aperte impingas.

VI. Insuaves porro videntur, qui ideo veriti sunt in codicillis solemnia agnoscere, quod pauciores, quam in testamentis testes desiderentur; vel quia etiam non rogati admittantur; quasi solemnitatis notio cadere nequeat in illos actus, in quibus statuitur minus religiosa iuris observatio. Hoc quidem tantum respicit maiora, vel minora solemnia; attamen utcumque ritus statuatur, numquam solemnia tolles; licet ritus solemnior praescribatur in uno, quam in altero actu. Atque ne aliunde rationes petantur, nonne et in ipsis testamentis religiosior ritus habebatur ex iure veteri, quam novo; quando praesertim post Constantinum, ac Theodosium, Iustinianus quoque superstitiosiora sustulit (a)? Forsitan haud solemnia hodie feceris testamenta, propterea quod eorum observatio simplicior facta sit? Neminem latet, testamentum per mancipationem religiosiorem sane fuisse testamenti forma de iure praetorio; sed terque testandi modus solemnis habebatur, licet unus altero esset solemnior. Itaque quod pauciores sint testes in codicillis, quam in testamentis, perperam coniiciunt, solemnia ad testamenta quidem, non item ad codicillos pertinere; maior enim, vel minor iuris observatio actum solemnem peraeque constituit, licet inter se se unus altero solemnior dicatur; ideoque dum solemniora dixeris testamenta, solemnes quoque codicillos fatearis oportet. Ceterum, ut supra ostendimus, numerus quinque testium in codicillis descendit ab illo testium numero, qui adhibebatur antiquitus in testamentis per mancipationem; quum enim Theodosii aetate hic testandi modus in desuetudinem abiret, Imperator solemnia distinguens in testamento, ac in codicillis, illi quidem tamquam solemniori constituit numerum septem testium, ex iure praetorio proficiscen-

---

(a) Vide quae de testamentorum forma habentur, tum ex cod. Theod. tum Iustinianeo tit. de testamentis.

tem; his vero quinque testes accommodavit, cuius numerus iuri civili respondet; et ita ex utraque veteri testandi forma, quantum ad testium adhibitionem, unam ad testamenta, alteram ad codicillos retulit.

VII. Sed demonstrata codicillorum solemnitate ex Theodosio, quonam pacto occurretur Triboniani sententiae, qua dicitur *nullam solemnitatem ordinationis* eos desiderare? (a). Theophilus (b) quidem solemnitatem ordinationis intelligit ordinem scripturae adhibitum in testamentis, non autem in codicillis: nam legata, ceteraque relicta in testamentis haud constabant, si scriberentur ante heredis institutionem (c); quod tamen Iustinianus demum antiquavit (d). Sed vereor, ne Tribonianus revera hoc intellexerit; quum alioqui in ipsis institutionibus referat, eam quidem superstitionem abrogatam (e). Deinde quorsum pertinet hic scripturae ordo in codicillis, in quibus hereditas dari nequit, nisi per fideicommissum? Plane vulgus interpretum, ut innuimus futilem illam distinctionem induxit inter solemnitatem *ordinationis*, ac *probationis* (f). Sed nolim morari huiusmodi verborum ambagibus, satisque vidimus, quisnam sit in iure actus solemnis, ut, quid porro intelligant pro *solemnitate ordinationis*, prorsus non videam, nisi Theophili sequantur interpretationem de scripturae ordine, quam numquam admiserim; Theophilus namque ut offendit in illa Triboniani verba, quum non videret, quo spectare possent, satius habuit ea referre ad ordinem scripturae. Quid ergo de Triboniano sentiendum? Unum restat, ut cum doctis viris dicamus, eum oscitanter ea verba in

---

(a) Inst. loco cit.
(b) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 3.
(c) Ulpianus tit. 24. §. 15.
(d) L. 34. C. de testamentis, et inst. l. 2. tit. 20. §. 34.
(e) Inst. l. 2. tit. 20. §. 34.
(f) Vide Harprechtum inst. l. 2. tit. ult. num. 19. et seq.

institutionibus inseruisse, descripta ab aliquo veteri iurisconsulto, Marciano fortasse, cuius sunt verba antecedentia, quando codicilli nullam revera iuris observationem desiderabant. Quod si verearis hoc de Triboniano suspicari, utrumvis facere necesse est; vel enim negaveris oportet, solemnem actum in codicillis, ut fecit Galvanus, tumque irrues in falsissimam codicillorum doctrinam expresso iuri contrariam, nedum ex Theodosio, sed ab ipsomet Iustiniano apertissime comprobatam (a); vel necessario offendes in contradicentia, verborumque involucra.

§. III.

Qui testes iure novo in codicillis admittantur.

I. Altera disputatio, quae consequitur ex nova codicillorum conformatione, spectat testium conditionem, quinam scilicet idonei testes in codicillis habeantur. In testamentis quidem nota res est, in numerum testium recipi generaliter non posse eos, cum quibus testamenti factio non sit; item nec mulier, nec impubes, nec servus, furiosus, nec mutus, nec surdus, nec is, cui bonis est interdictum, nec denique improbi, ac intestabiles, docet Iustinianus (b). At in codicillis nullo iuris loco id expresse cavetur; ut nil mirum si dubitandi occasionem hoc interpretibus praebuerit. Ac sane quicumque nedum in testamentis, sed in ceteris negociis ius testimonii dicendi non habet, nec proinde codicillis recte adhibebitur; cuius enim testimonium legibus non admittitur, palam est nec idoneum testem haberi posse in codicillis. Quaestio ergo vertitur quoad feminarum personas; quippe quae licet a testamentis arceantur, recte tamen testimo-

(*a*) L. 2. §. 1. C. de testamentis.
(*b*) Inst. lib. 2. tit. 10. §. 6.

nium perhibent in ceteris caussis (a); ideoque dubitarunt interpretes, an si non in testamentis, in codicillis saltem iure admitti valeant? Lis sane adhuc est sub iudice; quum in utramque partem scriptores abiverint; licet fortasse potior illorum numerus affirmare crediderit, eo potissimum rationis momento, quod nullibi hoc vetitum habeatur (b), ac propterea quod in testamentis cautum est, nequit trahi ad codicillos. Sed, ni fallor, huiusmodi disputatio pendet ab altera de solemnitate codicillorum; si enim spectes ius vetus, iam monuimus, nulla de caussa feminas arceri potuisse a testimonii dictione; sed, ubi solemnes eos feceris ex Theodosii constitutione, necessario consequitur, pari ratione eas uti in testamentis, ita et in codicillis non esse testes idoneos.

II. Atque missis iis, quae prorsus extranea sunt, nec disputationis nodum pressius attingunt, unum hic considerandum putaverim, ut recte possit quaestio definiri; quod profecto petendum est ex tradita codicillorum historia. Porro, ut a Constantini lege ordiamur, palam est, testium numerum, vel septem, vel quinque, ab hoc imperatore constitutum in codicillis ab intestato, ad masculos tantum pertinere, non item ad feminas. Etenim quum quantum ad iuris observationes huiusmodi codicillos aequasset testamentis, ridiculum esset dubitare, an per Constantinum liceret, eas feminas in illis admitti, quae in testamentis respuebantur; ut enim parem fecit utriusque caussam quoad iuris solemnia, manifestissime apparet, eamdem prorsus testium conditionem servatam in testamentis, ac in codicillis ab intestato, quum eadem solemnia in utrisque praescripserit: sive ergo conficerentur praetorio iure septem testibus adhibitis, sive quinque de iure civili, perspicuum est, feminas omnino repulsas a

---

(a) L. 18. de testibus, et l. 20. §. 6. qui testamenta facere possunt.

(b) Vide Harprochtum inst. sub tit. de codicillis, et Vinnium inst. l. 2. tit. 25. ad §. ult. n. 3.

codicillis ab intestato aeque ac a testamentis. Hinc vides, quemadmodum ex prima iuris immutatione quoad solemnia in certi generis codicillis admissa, ea testium conditio servata sit, quae sponte sua actum solemnem consequitur; et quamquam Constantinus nullam hic habuerit mentionem de testium conditione, satis tamen id declarasse videtur, quum testamentorum solemnia perduxit ad codicillos ab intestato. Post Constantinum vero Theodosius, cui placuit solemnia quoque statuere ceteris codicillis, non secus a Constantini lege variavit, quam ut unam faceret iuris observationem omnibus codicillis communem; atque quum eius aetate exolevisset testandi modus per mancipationem, satius putavit septem testium numerum ex iure praetorio testamentis adscribere, quinque vero ex iure civili codicillis, ut quodammodo eos a testamentis distingueret. Haec, inquam, nova Theodosii constitutio utcumque variaverit a Constantini lege, quantum ad distinctum testium numerum in utroque testationis genere, non tamen recessisse ab illa videtur, quoad testium conditionem, ubi nedum retinuit solemnitatem actus, sed eam protraxit ad cuiusvis generis codicillos. Saltem hoc expressisset Theodosius, si quoad testium conditionem recedere existimasset a iure iam recepto ex Constantino. Quippe ex Theodosii constitutione satis liquet, quid in codicillis immutare intellexerit, quidque retinere quoad eorum solemnia. Ait quidem, in quavis suprema voluntate tum scripta, tum nuncupata, *excepto testamento*, quinque testes adesse debere, qui tamen vel non rogati recte admittantur: iam habes solemnium differentiam inter testamenta, et codicillos, tum quoad testium numerum, tum quoad testes non rogatos. At nullum verbum de testium conditione in huiusmodi testationis genere; et alioqui magis intererat definire, quemadmodum discriminarentur codicilli a testamentis quoad testium personas, quam ut non rogati etiam admitterentur. Quid ergo expressit, quod minus esset, reticuitque, quod magis referret? Vel, si nil praetermisit, quod spectaret di-

stincta utriusque voluntatis solemnia, cur tacuit differentiam quoad testium conditionem, si revera quoad hanc partem quoque ea diferre intellexisset?

III. Vulgo respondent; cuique testimonium non vetatur perhibere, nisi expresso iure repellatur (a); eadem ergo de caussa, qua feminae non admittuntur in testamentis, quod expresso iure iis testimonium interdicitur, arceri nequeunt a codicillis, in quibus adesse non prohibentur; ideoque quod de testamentis dicitur, pari ratione nequit produci ad codicillos. Recte hoc quidem inspecto veteri codicillorum iure, quo iuris solemnia non exigebantur in huiusmodi suprema voluntate. Sed perperam argumentantur, quum ad ius novum hoc etiam referant. Etenim vera est iuris regula, ut idoneus testis his habeatur, qui iure a testimonio non repellitur; sed falso asserunt, hoc eodem iuris principio feminas non repelli a codicillis; nam iure expresso cautum est, eas non admitti in *solemnibus* defunctorum voluntatibus. Atque ideo iure veteri a testamentis dumtaxat repellebantur, non item a codicillis; quia non his, sed illis tantummodo solemnia adhiberentur; recteque hic animadvertit Vinnius (b), haud esse verisimile, ut iure romano actus solemnes expediri potuerint mulierum testimoniis, ut patet in ceteris actibus legitimis. Itaque quum aperto iure haud admittatur earum testimonium in *solemnibus* testationibus, falsa proferunt, quum contendunt, eas non repelli a codicillis expresso iure; utcumque enim hoc cautum non habeatur verbis expressis, satis tamen imperatores hoc idem declararunt, quum codicillos solemnes effecerunt testamentorum instar; quo nomine comprehendi videbatur, quicquid ad *solemnes* testationes pertineret. Theodosius ergo, cui in mentem venit minora iuris solemnia praescribere in codicillis, quam in testamentis, id tantum cavit, sive id expressit,

(a) L. 1. §. 1. de testibus.
(b) Inst. lib. 2. tit. 25. ad §. ult. n. 3.

quod eorum discrimen proprie spectaret; ideoque ex imperatoris mente communis factus est ritus quoad non expressa; quoad expressa vero peculiaris; nam quae sancire voluit, ut a solemnibus testamentorum distinguerentur, expressit; quae vero communia essent, praetermisit; ne repeteret in codicillis, quod cautum iam erat de suprema solemni voluntate

IV. Scio, Heineccium (a), qui contrariam tuetur sententiam, magnopere conari, ut everteret huius argumentationis fundamentum. Ait quidem, codicillos ante Constantinum solemnes prorsus non fuisse; ubi vero per Constantinum primum in codicillis ab intestato, ac Theodosium generaliter testium numerus praescriptus est, hoc non secus intelligendum videri, quam ut testium numerum admiserint imperatores probationis caussa, non autem solemnitatis. Sed iam supra demonstravimus, in quem errorem inciderint interpretes, quum in supremis praesertim legis iussa quoad tutiorem voluntatis probationem avellere crediderunt a solemnitatis notione; frustraque hic putaverim eadem recoquere, ut futili Heineccii collectioni satisfiat. Unum tantum addam, me prorsus non intelligere, quemadmodum ex Constantino idem testium numerus testamentis aeque, ac codicillis ab intestato praescriptus, testamentis quidem serviret solemnitatis caussa, codicillis vero probationis dumtaxat. Pace tanti viri verborum haec sunt tricae, non rerum discrimina. Ceterum quicquid scriptores hactenus elaborarint, ut genuina imperatorum mente subversa feminarum testimonium in codicillis admitteretur, usus tamen hoc numquam probavit; nostrisque moribus contrarium omnino obtinuit.

(a) In notis ad citatum Vinnii locum.

§. IV.

Ius novum quantum ad varia codicillorum genera antiquitus recepta.

I. Vidimus hactenus, quae fuerit novi iuris introductio, quoad solemnem codicillorum formam, quidque inde manaverit; praestat modo, ut alterum immutationis caput perspiciamus quoad varios codicillorum modos apud veteres admissos, quibus prudentes suum cuique ius tribuerant, ut longius superiori capite percurrimus. Quatuor sane codicillorum genera prodidit Paulus (a), ut vidimus: nimirum vel confirmatos testamento in praeteritum, vel in futurum, vel non confirmatos, vel denique factos ab intestato. Sed quoniam iuris ratio in confirmandis testamento codicillis spectaverat legitimam *legatorum* dationem a *fideicommissorum* caussa diversam; factum est propterea, ut tamdiu staret iuris discrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, quamdiu constitit differentia inter civilia, et precativa verba, sive inter legata ac fideicommissa. Verum, ut hoc plenius cognoscatur, praestat rem aliquanto altius perspicere.

II. Neminem latet, quemadmodum iure veteri differrent legata a fideicommissis, quantaque differentia inter se se distarent; sive spectes tot varios legandi modos, peculiaresque formulas, verborumque solemnia, quibus conciperentur sive tot diversos iuris effectus, sive denique varias actiones (b). Primo quidem senatusconsulto Neroniano, ut Ulpianus tradit (c), temperari

(a) Cit. l. 8. de iure codicillorum.

(b) Vide Ulpianum tit. 24. de legatis, et tit. 25. de fideicommissis. Item Caium inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.

(c) Cit. tit. 24. de legatis §. 11.

quodammodo coepit nimia formularum superstitio in legatis; ita tamen, ut quod minus conceptis verbis legaretur, perinde constare posset, ac si datum fuerit *per damnationem*; qui legandi modus remissius ceteris habebatur (a). Etenim cautum fuit, ne si quid in formulis peccatum esset, legata conciderent, sed haberentur, tamquam si fuissent *per damnationem* relicta. Utcumque autem s. c. quodammodo remiserat nimium legis rigorem, quantum ad varia legatorum genera; stetit nihilominus constantissimus formularum usus ad Constantinum usque, quando demum antiquari coeperunt. Primus ergo Constantinus, sive Constantius, et Constans eius filii, sive utrique, ut varie eruditi opinantur (b) simplicitatem potius sequuti, quam formularum superstitiones, generaliter eas sustulerunt, tum in iudiciis (c) tum in heredis institutione (d), tum denique in legatis (e); in quibus cautum est, ne amplius eorum vis penderet ex solemni verborum formula: *in legatis* inquit imperator, *vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia; ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum usus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit.*

III. Verum abrogata Constantini aevo formularum superstitione in legatorum datione adhuc perdurabat vetus verborum discrimen inter civilia, ac precativa, sive *vulgaria* verba (f), quum adhuc perstaret iuris diffe-

---

(a) Schultingius iurisprud. vetus ante Iustin. in relatum Ulpiani locum.

(b) Vide quae in hac re scite meditatur cl. Cirillus Comment. ad inst. lib. 2. tit. 20. ad §. 2.

(c) L. 1. C. de formulis.

(d) L. 15. C. de testamentis.

(e) L. 21. C. de legatis.

(f) Precativa verba vulgaria appellat Licinius Rufinus in l. 6. de fideicommissariis libertatibus.

rentia inter legata, et fideicommissa (a). Et quamquam in hereditatis, uti et in legatorum datione iidem imperatores statuerunt (b), ut relicta omnino valerent quibuscumque verbis conciperentur, sive imperativis, sive precativis; id tamen eo tantum spectabat, ut relicta omnino valerent, ea tamen iuris ratione, qua stare poterant. Constabat quidem heredis institutio, vel non solemni formula servata, vel non adhibitis verbis civilibus, quum satis habuerint ipsam testatoris voluntatem quoquo modo declaratam; attamen haud sustulerunt diversos iuris effectus in directa hereditatis datione, ac fideicommissaria. Similiter in legatis eatenus antiquarunt verborum scrupulositates, ut non amplius inutilia fierent relicta ob non servatum formularum, verborumque rigorem; sed mansit ea verborum differentia, quorum potestate legata a fideicommissis distinguerentur, quoad diversos iuris effectus. His porro ita perductis ad Iustiniani aetatem, tandem huius imperatoris consilio res eo pervenit, ut imperativus quoque relinquendi modus cum precativo prorsus confunderetur. Etenim Iustinianus demum cavit (c), ut nec amplius civilia verba a vulgaribus distinguerentur, ac proinde nec legata a fiideicommissis; atque exaequata utriusque natura quoad omnes iuris effectus, penitus sustulit tot prudentum misteria inter huiusmodi relictorum genera; ita ut una prorsus utriusque componeretur iuris ratio, tum quoad vim relictorum, tum quoad actiones. Atque, ut inquit (d) *etsi specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum, et fideicommissum intelligatur; et si fidei heredis, vel legatarii aliquid com-*

(a) Vide Giphanium in inst. lib. 2. tit. 20. ad §. 2. et 3. Ianum a Costa, et Cirillum eodem inst. loco.

(b) Cit. l. 15. C. de testamentis, et cit. l. 2. C. de legatis.

(c) L. 1. et 2. C. communia de legatis.

(d) Cit. l. 2. C. communia de legatis etc.

mittatur; hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus (a).

IV. Praemissa hac iuris historia de novo iure in legatis aeque, ac fideicommissis, rectius modo cognoscemus, quidnam ex facta illorum exaequatione in codicillos permeasset; sive quemadmodum haec nova iuris norma quoad relictorum rationem longe a veteri diversa effecerit, ut codicillorum quoque ius de veteri observatione discederet. Iam latius primo capite exposuimus, qua de caussa antiquitus legari non permittebatur, nisi verbis imperativis, et civilibus, atque in solemnibus tabulis; tum vidimus, quo pacto legata admitti coeperunt in codicillis dumtaxat testamento confirmatis, ea nempe obducta iuris fictione, ut quod illis scriberetur, haberi posset, tamquam si testamento ipso datum esset; ceteroqui si testamento non confirmabantur, non secus relicta valerent, quam per precativa verba, sive per fideicommissum expressa. Coniecimus demum, quae consequentia fluxerant ex illo confirmationis principio; nimirum quod quum scripta in codicillis confirmatis haberentur perinde, ac si scripta essent testamento, spectari proinde deberet tempus non tam codicillorum, quam ipsius testamenti, saltem in illis, quae iuris essent, non facti; dummodo vel aequitatis ratio aliud non suaderet, vel non obstaret aliud iuris principium. Uno verbo, in legatis codicillis relictis iuris civilis normam sequi oportebat, utcumque fictionibus te tam iurisconsultorum; in fideicommissis vero sola defuncti voluntas spectabatur, tantumque datum est codicillis per fideicommissum factis, quantum ipsa fideicommissorum ratio latissime extra iuris rigorem spatiaretur (b).

V. Ex hac veteris iuris doctrina de legatis, ac fideicommissis, atque de codicillis, in quibus ea relinquebantur, descendit primo, ut quamquam Constantini

---

(a) Vide Cuiacium in c. tit. communia de legatis etc.
(b) Vide quae diximus cap. I. S. 10.

aetate exoleverint formularum superstitiones in legatis, quum tamen adhuc perstaret iuris discrimen inter legata, et fideicommissa, quod exprimebatur vario illo verborum usu, civilium nempe, ac vulgarium, steterunt propterea duo illi distincti codicillorum modi, eorum nempe, qui essent testamento confirmati, aut non confirmati. Etenim perstante adhuc ea verborum distantia, qua diversa haberetur iuris ratio constituta in legatis, ac fideicommissis, necessario etiam perdurabat vetus differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; quippe quae consequebatur ex varia illorum relictorum natura; qua retenta, mansit quoque codicillus confirmatus a non confirmato distinctus; ut in primo legata, in altero fideicommissa consisterent. At ubi tandem Iustinianus penitus sustulit omne iuris discrimen, quod vetus iurisprudentia adoptaverat in legatis, ac fideicommissis, variamque illam verborum differentiam; quemadmodum et huiusmodi relictorum caussas in unam transtulit, eamdemque iuris rationem, ita et utrumque codicilli genus, confirmati, scilicet, ac non confirmati sub una iuris norma necessario coaluit. Etenim quae novi iuris constitutio induxit, ut nullo prorsus discrimine considerarentur legata, ac fideicommissa, necessario efficere debuit, ut nec amplius inter se se distarent codicilli confirmati, ac non confirmati; quum recessisset ea iuris ratio, quae ante Iustinianum eos distinguebat.

VI. Ac quidem, ut iam late exposuimus, ratio, qua veteres constituerant differentiam inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos, eo tantum spectabat, ut quum ex legis rigore non permitteretur codicillis expressa *legatorum* datio, veluti tabulis non solemnibus, nec proinde lege comprobatis, inventa iuris fictione, qua ob illorum confirmationem in *testamento* legata, perinde viderі poterant, ac si testamento ipso data essent, huiusmodi fictionis colore offuso prudentibus visum est, in legem minime offendi, si *legata* admitterent quidem in codicillis, sed confirmatis testamento, dum fideicommissa, tamquam non lege, sed moribus profecta sine

ulla fictione proferrent, etiam in non confirmatis; quum nulla in his obstaret legis observatio. Ergo dum valuit apud Romanos propria *legati* religio distincta a fideicommissorum simplicitate, stetit ex consequenti codicillus confirmatus a non confirmato diversus; ut ita diverso iuris principio, et fideicommissorum, et legatorum datio in codicillis sustentaretur. Permansit quidem vel per Constantinum eadem iuris norma abrogata formularum superstitione in legatis, quum adhuc mansisset varium ius de utraque relicti caussa. Sed Iustiniano demum auctore adducto verborum rigore ad nudam naturae simplicitatem, quemadmodum quoad omnes iuris effectus legata non amplius distarunt a fideicommissis, ita recessit vetus iuris ratio de confirmandis, necne codicillis; quum enim hodie idem prorsus sit legare, ac fideicommittere, non amplius refert, utrum codicilli testamento confirmentur; nam et ratio una cessavit, qua antea confirmari debuerant, ut legata constitissent. Quare uti per Iustinianum una convenere legata cum fideicommissis, ita communis facta est codicillorum caussa, sive essent, sive non essent testamento confirmati (a).

VII. Hinc animadvertere licet, quod Tribonianus in institutionibus praetermissa ea codicillorum divisione, quam Paulus protulit, quaeque ius vetus proprie spectabat, alteram iniit, veluti novo iuri magis accommodatam: atque ex quatuor illis codicillorum modis, duos generaliter Tribonianus agnoscit; vel nempe ad testamentum pertinentium, vel eorum, qui fiunt ab intestato; *Non tantum*, inquit (b), *testamento facto potest quis codicillos facere; sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest*. Itaque sub una iuris regula complectitur quosvis codicillos ad testamentum factos, haud

(a) Vide Cuiacium in tit. digestorum de annuis legatis etc. ad l. 18. et in paratitlis ad lib. 6 codicis tit. communia de legatis, et fideicommissis.

(b) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 1.

distinguens confirmatos a non confirmatis, quum revera non amplius ex Iustiniano inter se se differrent. Neque dixeris, Tribonianum non secus omisisse diligentiorem codicillorum divisionem, quam ut brevitati institutionum consuleret; quasi satis habuisset maximam tantum attingere de pertinentibus ad testamentum, ac de confectis ab intestato. Etenim non video, cur vel in institutionibus negligeret ea codicillorum genera, quorum diversum ius tam late patet apud consultos, quaeque summopere intererat discriminare ob tam variam iuris doctrinam, natam ex prudentum interpretatione, ut ex illorum scriptis intelligitur. Quinimmo vel in ipsa pandectarum collectione non deprehenduntur, nisi mutila quaedam iuris dogmata, quae codicillorum confirmationem spectabant; quum enim novo iure concidisset vetus iuris differentia de legatis, ac fideicommissis, consulto Tribonianus praetermisit quoque, quod potissimum pertineret ad doctrinam de codicillis confirmatis; ut quodammodo veterum sententias componeret cum novo iure imperatorum. Apertius hoc demonstratur ex instituta quaestione in institutionibus de codicillis anterioribus, ac posterioribus testamento. Hic quidem etsi sermo habeatur de illorum confirmatione vel expressa, vel tacita; tamen haud de ea confirmatione intelligit, quae secundum iuris civilis rationem fieri debuerat, ut legata in illis relicta iure consisterent; sed de illa voluntatis ratihabitione, de qua constare oportet, ut codicilli anteriores testamento non revocati intelligantur, testamento postea sequuto; qua de re iam late egimus (a). Excitavit quidem Tribonianus tractationem de ea codicillorum confirmatione, quam exigere videbantur ii codicilli, qui fierent ante testamentum; haec enim quum ad voluntatis quaestionem referatur, adhuc novo iure locum habet, ut suo loco monebimus. Sed reticuit alteram confirmationis speciem, quae non tam voluntatis, quam iuris rationem respicit.

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. ult.

Quo manifestissime apparet, id tantum attigisse, quod ad ius novum conduceret, praetermissis iis, quae iam conciderant ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa.

VIII. Praeterea perspicuum est, post Iustinianum nullam amplius haberi mentionem de codicillis testamento confirmatis, vel non confirmatis. Ac sane in nova iuris collectione in Oriente postmodum habita, quae basilicorum libris continetur; quaeque composita est ex praecipua pandectarum, ac codicis Iustinianei iurisprudentia, nulla prostant vestigia huiusmodi codicillorum differentiae. Atque ubi graeci compositores tractationem instituunt de codicillis (a), quam hauserunt tum ex pandectarum titulo *de iure codicillorum*, tum ex titulo codicis Iustinianei *de codicillis*, brevi quidem attingunt, quicquid potissimum ad codicillorum doctrinam pertinet, praeter ea, quae spectabant ius confirmationis. Hinc vides transcriptas eas veterum consultorum sententias, quae generaliter referri poterant ad doctrinam codicillorum ad testamentum pertinentium, neglectis iis, quae proprie codicillos confirmatos respicerent, iurisque regulas inde profectas. Ut cetera taceam, satis est animadvertere, praeteriisse quidem prae aliis integram sententiam legis VII. *de iure codicillorum*, quam sane unicam in pandectis deprehendes, ubi expresse agatur de confirmationis iure in codicillis. Item quum Paulus quaerit in lege VIII. §. III. an valeant *legata* scripta in codicillis testamento quidem confirmatis, sed confectis tempore, quo testator adrogandum se praebuerat, qui tandem emancipatus decesserit; et ideo valere respondit, quod manente testati caussa ex iure praetorio, satis erat, codicillos confirmatos haberi tempore, quo testamenti factionem habebat, licet scripti sint tempore adrogationis, quum in codicillis confirmatis tempus magis testamenti, quam codicillorum spectetur (b); in

(a) Basilic. lib. 36. tit. de codicillis.
(b) Vide quae diximus cap. 1. §. 10. n. 10.

basilicis refertur quidem Pauli species, praetermissis iis, quae ad confirmationis regulas pressius pertinerent; quum graecus interpres inutile putaverit afferre, quod novo iure iam abrogatum videretur (a).

IX. Haec porro graecorum iuris collectio non tam ipsa prudentum verba reddidit, quam eas tantum sententias, quae commissae cum novis imperatorum constitutionibus unum veluti, sibique consentaneum iuris corpus componere valerent. Quo factum, ut neglectis iis, quae vel abrogata, vel moribus obsoleta videbantur, receptiorem iuris doctrinam expresserit; ideoque sublata per Iustinianum differentia legatorum, ac fideicommissorum, indeque excisa iuris civilis ratione in confirmandis codicillis, supervacaneum visum est graecis interpretibus in suos iuris libros referre, quod iam recesserat a veterum institutis. Plane, quantum ex integra ea iuris collectione perspicere licuit, uno tantum loco deprehendi, sermonem haberi de codicillis testamento confirmatis, qui tamen nostrum magis videtur comprobare iudicium. Dubitant adhuc interpretes, num iure Iustinianeo ita generaliter communis facta sit legatorum ratio cum fideicommissis, ut nulla penitus supersit species, qua differre valeant. Donnellus (b), ac Duarenus (c) prae ceteris affirmant, potissimum in specie relictae libertatis; si enim testator directam servo libertatem dederit, tum is manet libertus Orcinus; sin per fideicommissum, fit libertus eius, a quo manu mittitur; quod etiam monet ipse Iustinianus in institutionibus (d). Etenim utcumque

---

(a) Ita habetur in basilic. lib. 36. tit. 1. de codicillis: *Paulus l. 8. §. 3. Qui testamento codicillos confirmat, si quum adrogandum se praebuisset, id fecerit, ac postea emancipatus decesserit, quod actum est, valet; nam et testamentum valet.*

(b) Comment. iuris civilis lib. 8. cap. 2.

(c) Ad l. 1. de legatis 1.

(d) Lib. 2. tit. 22. §. 2.

imperator communem penitus fecerit caussam legatorum, ac fideicommissorum, nihilominus quoad dationem libertatis, non tam lege distingui videtur directa libertas a relicta per fideicommissum, quam testatoris voluntate; qui enim manumissionem alterius fidei committit, eidem reliquisse creditur ius patronatus; quum contra in libertate directa, statim liber evadit morte testatoris (a); ideoque ex communi interpretum sententia vel hodie differt datio libertatis directae a fideicommissaria (b). Quod autem discrimen vel post Iustiniani legem nostri notarunt in directa, ac fideicommissaria libertate, agnoverunt etiam graeci interpretes; qui sane ubi animadverterunt, in manumissionibus adhuc perstare differentiam inter libertates directas, ac fideicommissarias, adoptarunt quidem in hac peculiari specie veterem iuris regulam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis; nimirum ut

---

(a) L. 23. et 25. de manumissis testamento.

(b) Contrariam sententiam propugnat Galvanus *de usufructu* cap. 14. n. 23. ridetque Donellum, quod libertatem directam legato dari fateatur; atque, ut contendit, diversa sunt legata a libertate directe relicta; ac proinde nil haec commune habeat cum legatis. Sed rem nimis operosam aggreditur; nec viderim, cur directae libertatis datio a legatorum ratione differat contra expressam Pauli sententiam in l. 80. de verborum signif. *In generali repetitione legatorum etiam datae libertates continentur ex mente legis duodecim tabularum.* Provocat quidem ad l. 120. eodem tit. sed vereor, ne hac ipsa lege magis arguatur. Ut ut sit de huiusmodi vocabuli potius, quam rei quaestione, quo iure inquam vetatur testatori, ne ex manumissione per fideicommissum praestanda, acquiratur ius patronatus ei, a quo libertatem dari iussit? Num per l. 2. C. communia de legatis hoc etiam cavisse Iustinianum credendum est? Si ita sentit, videat, ne dicatur, imperatorem defunctorum iudicia potius pervertisse, quam ut exaequaret legata, ac fideicommissa.

libertas directa, tamquam verbis civilibus concepta recte dari posset codicillis confirmatis; fideicommissaria vero non confirmatis; quod quidem acceperunt a Modestino, quum ait (a): *libertates directae et testamento, et codicillis testamento confirmatis recte dantur. Fideicommissae et ab intestato, et codicillis non confirmatis relinqui possunt.* Itaque graecorum iurisprudentia usque eo communes fecit codicillos confirmatos cum non confirmatis, quoad agnovit exaequationem in legatis, et fideicommissis, ex quorum diversa indole processerat ea distincta codicillorum ratio; at ubi in manumissionibus servorum ex voluntate saltem defuncti admisit differentiam inter directam, et fideicommissam libertatem, haud dubitavit in hac peculiari specie repetere vetus iuris principium de codicillorum confirmatione; quod sane distincta illa relictorum genera consequebatur. Quare sive spectemus intimam iuris potestatem veteri iure constitutam in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, necessario dicendum est, hanc prorsus novo iure concidisse una cum sublata differentia inter legata, ac fideicommissa: sive animadvertatur illorum usus post Iustiniani legem de communi legatorum, ac fideicommissorum natura, palam est, tum ex codicillorum divisione a Triboniano admissa in institutionibus, tum ex iuris collectione in oriente facta, locum amplius non fuisse duobus illis diversis codicillorum modis; quippe qui revera recesserant una cum illa varia relinquendi ratione a veteri iurisprudentia inducta, novoque iure abrogata.

X. Ex hactenus dictis intelligimus quoque, iure novo una cum confirmationis iure concidisse et cetera consequentia ab eodem principio profecta; quaeque ex veteri iure superiori capite expressimus (b). Duae quidem, ut vidimus, iuris regulae inde manarant, quarum unam altera consequitur: prima est, ut *scripta codicillis confirmatis*

(a) L. 43. de manumissis testamento.
(b) Vide quae diximus cap. 1. §. 10.

perinde haberentur, *ac si scripta essent testamento*; altera, ut *quoad relicta in illis tempus testamenti spectaretur*, *non codicillorum*, saltem in iis, quae iuris, non facti essent, vel quum aliter aequitatis ratio non suaserit. Recte haec quidem veteres posuerunt in codicillis confirmatis; quum enim non nisi per fictionem iuris valerent religiosam legatorum dationem codicillis concedere, quae alioqui ex legis rigore in *solemnibus* tantum testamenti tabulis admitti debuerat, necessario factum est, ut *legata* in codicillis scripta, perinde haberi deberent, ac si scripta essent in ipso testamento, quo confirmatio fieret; cuius proinde tempus spectari quoque oporteret, ut ita fictionis speciem, quoad possent, dissimularent, quasi testamento data viderentur, quae revera relinquebantur codicillis. Quum autem iure novo nedum codicillis quoque solemnia tributa sint, sed omnino recesserit religiosa iuris observatio in legatorum datione, evanuit idcirco, quicquid veteri illo iuris principio adhaerebat. Atque quid amplius opus est fictionibus, quum legare, ac fideicommittere una communi lege regantur? Quicquid enim ex uno fonte derivaverat, eo arefacto deficere necesse est. Ac profecto quae iuris ratio dictaverat, ut scripta in codicillis confirmatis perinde haberentur, ac si scripta essent testamento, ideoque relicti caussa referretur ad tempus testamenti; eadem adducta utriusque codicilli natura, confirmati scilicet, ac non confirmati, in eamdem iuris potestatem, hodie efficit, ut locus amplius non sit illi codicillorum doctrinae, quae ex peculiari confirmationis iure proficiscebatur. Ridiculum enim esset sublato principio consequentia retinere, vel confirmationis leges adhuc servari, quum novo iure, sive codicilli confirmentur, sive contra, relicta in illis aequo iure considerentur.

XI. At inquies, numquid hodie vetatur testatoribus, ut si malint, codicillos in testamentis confirment? Atque si hoc lege non improbatur, cur et hodie non liceat confirmatos distinguere a non confirmatis? Cur, si testator testamento caverit: *quos codicillos feci*, *aut fecero*, *valere volo*, haberi nequit, quin relicta in illis ex testa-

mento valeant ad differentiam alterius codicilli, qui non sit testamento comprobatus? At distinguere oportet iuris potestatem a testatoris lege, seu voluntate; non enim disputamus, an post Iustinianum valeant, necne codicilli confirmati testamento; quum compertum sit, id omnino pendere ex testatoris arbitrio, quod nemo sanus contenderit. Sed utcumque testamento codicilli comprobentur, numquam servabunt eas iuris regulas, quas vetus iurisprudentia in illis induxerat, sive illam iuris potestatem, quae descenderat a varia legatorum, ac fideicommissorum datione; quum enim haec novo iure cessaverit, evanuit propterea vetus illorum doctrina; atque tantum iuris hodie obtinent codicilli confirmati, quantum non confirmati, quemadmodum tantum valent legata, quantum fideicommissa. Testator igitur, si testamento eos confirmaverit, constantem quidem voluntatis suae significationem ostendet, non secus ac si non testamento, sed aliis codicillis eos comprobaverit. Atque si ante conditum testamentum scripserit codicillos, quos deinde testamento confirmet, vel alia novissima scriptura, utilis quidem fiet confirmatio ad comprobandam retentam illorum voluntatem, ut late diximus, quum egimus de codicillis anterioribus testamento (a). Quod ergo spectat tutiorem voluntatis manifestationem, recte quidem codicilli confirmabuntur; sed si contenderis, quod relicta in illis ex testamento valeant, vel quod testamenti tempus sequi oporteat, dabis quidem huiusmodi codicillis, quod iure novo omnino recessit.

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. ult.

§. Ultimus.

De committenda veteri cum nova codicillorum doctrina.

Quae hactenus exposuimus de universa codicillorum doctrina tum veteri, tum nova, satis demonstrant, quo revera spectaverint veterum sententiae, quae prostant in pandectarum libris; ac quemadmodum committendae sint cum novis imperatorum decretis; ne aliter, ut vulgus solet, utriusque iuris ratione perturbata, dum legum sententiis abutimur, nec nobismetipsis constare videamur. Vidimus quidem omnem novi iuris doctrinam, ad duo summa capita referri: unum, quod solemnem spectat codicillorum ritum; alterum, quo in unam consonantiam perducta est vetus iuris differentia de codicillis confirmatis, ac non confirmatis testamento. Quod ad primum attinet, ex apertissima Theodosii constitutione (a) satis intelleximus, quinam ille sit, quo differat a testamentorum solemnibus, quove conveniat (b); quod ubi teneatur, facile animadvertimus, qua mente accipi debeant veterum sententiae, in quibus codicilli considerantur sine iuris solemnibus. Quae autem profecta sunt ex vario iuris principio, falso ad ius nostrum convertes, nisi caute ea tantum carpseris, quae sine novi iuris offensione commode valeas retinere; quod tamen facile is viderit, qui veterem simul, ac novam codicillorum formam complectatur.

II. Hinc descendit, ut quae veterum prostant consultorum sententiae de codicillis, aut epistolis, non secus retinendae videantur, ac conversae in novam codicillo-

---

(a) L. ult. §. ult. C. de codicillis.
(b) Vide quae diximus §. 1.

rum conformationem. Ex. gr. habetur ex Papiniano (a), quod si testamentum recte factum rumpatur postea per adrogationem testatoris exinde sequutam, nequeat quidem reconvalescere ex iure praetorio; nisi is tandem *sui iuris effectus*, *codicillis*, *aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaravit*. Palam est, hic per *codicillos*, sive per *litteras* intelligendam supremam illam voluntatis sententiam quinque testium praesentia solemniter declaratam. Etenim utcumque Papinianus revera senserit de voluntate non solemni secundum veteris iuris observationem, quum tamen iure novo codicilli etiam solemnia acceperint, inutilis prorsus hodie fit quaevis suprema voluntas praeter testamentum non solemniter peracta. Caute quoque interpretaberis Ulpiani locum, quum ait (b): *Non solum autem legata*, *sed et fideicommissa adimi possunt*; *et quidem* NUDA VOLUNTATE. Datio quidem, vel ademtio legatorum recte fit, vel testamento, vel codicillis: quarum tabularum licet una altera sit solemnior, ambae tamen iuris solemnia omnino desiderant. Sed quid Ulpianus ait, NUDA VOLUNTATE? Nimirum quia iure veteri quum codicilli constarent sine solemnibus, recte proinde vel *nuda voluntate* legata poterant vel dari, vel adimi: quod tamen hodie non obtinet.

III. Opportune hic se offert quidam disputationis locus inter pragmaticos tam perturbate tractatus de revocandis nempe testamentorum tabulis per posteriores codicillos: quemadmodum scilicet hoc liceat admitti, quibusque iuris solemnibus. Refert hic principio distinguere duo quaestionis capita, quae saepe vulgo ita confunduntur, ut non tam rerum, quam verborum magis excitentur controversiae. Unum est, si quaeratur, quidnam

---

(a) L. 11. §. 2. de bonorum possessionibus secundum tabulas.

(b) L. 3. §. 11. de adimendis, vel transferendis legatis, vel fideicommissis.

testator per codicillos immutare valeat ex voluntate in testamento prius declarata. Alterum, num per codicillos posteriores rumpi omnino valeat prius conditum testamentum; ita ut defuncti successio non ex testamento, sed ex codicillis prorsus habeatur.

IV. Si primum quaerant, eo loco, quo ius codicillorum a testamentis discriminavimus, plenius exposuimus (a), quid codicillis liceat, quid testamentis, quo inter se se distinguantur, quove conveniant; adeo ut ne actum agere videamur, praestat iterum non repeti, quod alibi opportunius commonstravimus. Hoc tantum addam; ex apertissima iuris regula perspicuum est, *codicillis nec dari, nec adimi posse hereditatem, nisi per fideicommissum*, attamen prostat insignis quidam iuris locus, quo etsi regula quidem retinetur, subest tamen hac de re peculiaris facti species, quae sane expositione indigere videtur, ne facile a regula aberremus. Etenim interdum contingit, ut hereditas data testamento, codicillis deinde recte adimatur; ita tamen, ut ea in alium non transferatur; sive adimitur quidem ei, cui testator dederat testamento, licet nequeat ad aliud transmitti. Extat hanc in rem rescriptum imperatoris Alexandri, qui ita inquit (b): *Hereditas in testamento data per epistolam, vel codicillos adimi non potest.* QUIA TAMEN TESTATRIX VOLUNTATEM SUAM, NON MERERI UNUM EX HEREDIBUS DECLARAVERAT, MERITO EIUS PORTIO NON IURE AD ALIUM TRANSLATA, FISCO VENDICATA EST. *Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt.* Fingit Imperator, quem in testamento duos heredes instituisse; tum in codicillis, sive epistola declarasse, unum quidem ex heredibus institutis indignum hereditatis, ad cuius partem alium proinde vocavit: Quaerebatur, an portio hereditatis indigno ademta, in alium transferri valeret; an magis ad

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. 2.
(b) L. 4. C. de his, quibus, ut indignis etc.

fiscum pertineret? Et a fisco vindicandam respondit, veluti indigno relictam. Sed qui fiet, ut hereditas codicillis adimatur, quum aperto iure id vetitum appareat? Respondet Connanus (a), tum proprie quid adimi videri, quum dum ei tollitur, cui prius datum erat, alteri transfertur: nec alio spectare iuris regulam, codicillis nempe adimi non posse hereditatem, nisi quod nequeat heres in illis institui. Vel quum alicui hereditas adimitur, ea tamen ad alium non transmittitur, ut non ademta, sed quasi numquam data videatur. At rectius existimaverim, hoc ideo esse, quia ea hereditatis portio non tam a testatore adimitur, quam lege indigno aufertur. Declarat quidem testator, eum hereditatem non mereri, sed quum indigni *iure* ab hereditate arceantur, non videtur ea ablata a testatore, sed a lege; ideoque a fisco vendicatur. Plane non prohibetur quidem testatori alium heredem sufficere in locum indigni; sed quum in specie imperatori proposita id factum diceretur in *codicillis*, non in posteriori fortasse testamento, recte imperator rescripsit, eam hereditatis partem ad fiscum omnino pertinere, quum nequeat transferri in alium, quem testator in testamento non nominaverat; propterea quod hereditas codicillis adimi non potest, licet *libertates*, ut ait, *in eadem epistola datae peti poterunt*, utpote quae nihil obstat, quin codicillis relinquantur.

V. Sed veniamus ad alterum quaestionis caput, quum nempe pragmatici quaerunt, an umquam fiet, ut per posteriores codicillos prius testamentum rumpatur. Quicquid temere scriptitaverint, certissimi iuris est, numquam rumpi posse anterius testamentum per posteriores codicillos, qui testamenti pars, atque sequela habentur (b); sive, quod idem est, per codicillos *ad testamentum factos*. Quippe datio hereditatis non codicillis,

---

(a) Comment. iuris civilis lib. 9. cap. 7. n. 3.
(b) L. 1. et 2. de iniusto rupto, irrito facto testamento.

sed testamento tantum constat (a); ideoque idem esset revocari testamenta per codicillos, ac penitus confundi, perturbarique utriusque testationis naturam. Deinde quonam pacto huiusmodi codicilli ruperint illud testamentum, ex quo ita vires suas capiunt, ut aliter constare nequeant? Quid porro parti tribues, si totum subvertatur? Haec sane quoad codicillos *ad testamentum pertinentes*; de confectis vero sine testamento res aliter se habet. Hi quidem, ut monuimus, longe distinguuntur a ceteris codicillis; etenim quum institutionem heredis legitimi complectantur, suisque viribus consistant, vicem proinde testamenti exhibent, ut consulti loquuntur, illiusque naturam omnino imitantur. Quum ergo non habeantur, tamquam testamenti sequela, quin et testamentum ipsum exprimant, nulla iuris ratio obstat, quominus testamenta prius facta rumpere non valeant; etenim si prius testamentum rumpitur per posterius, nulla caussa est cur idem non dicatur de iis codicillis, qui vice testamenti habentur. Et alioqui quum in his successio deferatur heredibus legitimis, quid obstat, ut testator discedens a priori voluntate in testamento scripta, decedere malit cum codicillis dumtaxat ab intestato? Aperte hoc Ulpianus expressit, quum inquit (b): *Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est; nisi forte posterius, vel iure militari sit factum; vel* IN EO SCRIPTUS EST, QUI AB INTESTATO VENIRE POTEST; *tunc enim* ET POSTERIORE NON PERFECTO SUPERIUS RUMPITUR. Per posterius testamentum *non perfectum* intelligit hic Ulpianus eam supremam voluntatem, cui solemnia desint; quaeque proinde ex iure veteri ad *codicillos* referebatur (c). Ergo recte rumpitur prius testamentum per codicillos ab intestato, seu per posterius testa-

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. 2.
(b) Cit. l. 2. de iniusto, rupto, irrito facto testamento.
(c) Vide Cuiacium ad cit. l. 2. de iniusto rupto etc.

mentum *non perfectum*, ut ait Ulpianus, in quo scriptus sit heres, *qui ab intestato venire potest*. Itaque quum pragmatici tanta verborum insolentia quaerunt, an posterioribus codicillis rumpi valeat testamentum antea factum, statim quaestioni occurretur, si distinguant codicillos ab intestato a ceteris, qui ad testamentum fiunt; in illis quidem licet, quum suis viribus haereant, vicemque exhibeant testamenti; in his non item: quippe qui, tamquam testamenti partes, atque sequela, nusquam sine illo constabunt.

VI. Quod si quaerant, utrum in huiusmodi codicillis ab intestato, quibus rumpatur prius testamentum, exigantur quoque iuris solemnia a Theodosio praescripta, id est solemnis numerus quinque testium, nemo est, qui dubitaverit, nisi ius, quo utimur, penitus ignoret. Et quamquam ex relata Ulpiani sententia id non habeatur quum Consultus loquutus sit secundum veteris iuris normam; attamen si nolint hoc repetere a generali Theodosii constitutione de nova codicillorum forma omnibus codicillis communi (a), audiant eumdem imperatorem, quum loquens de codicillis ab intestato, quibus rumpatur prius testamentum, hoc idem expresse cavit his verbis (b): *Si quis autem testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod antea factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consummatum. Nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur; eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior* (vel Theodosius imperfectam scripturam appellat,

---

testamento: et Connanum comment. iuris civilis l. 7. cap. 8. n. 6.

(a) Cit. l. ult. §. ult. t. C. de codicillis.

(b) L. 21. §. 3. C. de testamentis.

cui desint testamenti solemnia, ut vidimus ex Ulpiano) *infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.* IN QUA VOLUNTATE QUINQUE TESTIUM IURATORUM DEPOSITIONES SUFFICIUNT; QUO NON FACTO, VALEBIT PRIMUM TESTAMENTUM, *licet in eo scripti videantur extranei.*

VII. Haec hactenus animadvertisse sufficiat de committenda veteri cum nova codicillorum doctrina quantum ad primum imputationis caput. Quod autem alterum spectat, de sublata nempe iuris differentia inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos testamento, cautius interpretaberis veterum consultorum sententias; praesertim quod ea vetus doctrina nata ex fraudolento prudentum consilio in transferendis, fictionis praesidio, verbis civilis ad codicillos, quod sane legis rigori obstabat; occultiorem proinde effecit eam codicillorum rationem, qua illud iuris mysterium obducebatur. Accessit quod Tribonianus in pandectarum collectione, dum illam subtrahere studuit, ut novo iuri quodammodo non opponeretur, erasit fortasse, quae conducerent ad rectam veteris iuris intelligentiam, novique magis manifestasset principia. Attamen perspectis iam sinceris veterum sententiis de codicillis confirmatis, ac non confirmatis, distinctisque variis cuiusque codicilli regulis, statim deprehendimus, nihil earum prorsus pertinere ad ius novum. Hinc quae veterum supersunt fragmenta de peculiari iure in codicillis confirmatis, veluti supressa novis imperatorum constitutionibus, nequeunt transferri ad novam illorum indolem, nisi in contradicentia impingamus. Quo sane spectat consectaria disputatio, quam absoluto commentario de veteri, ac novo iure codicillorum, examinandam modo suscipiemus adversus Boehmerum, eiusque fautores. Profecto quisque viderit, quemadmodum ex ignoratione sive confusione magis novae cum veteri doctrina in ea absurda offenderint, quae tam aliena sunt a iure, quo utimur, ut hoc destruere omnino videantur.

VIII. Ex hoc autem immutationis capite non levis hic excitari potest dubitandi locus de iure codicillorum, qui fiant ante testamentum; an scilicet doctrina, quam exposuimus de huiusmodi codicillis (a) conveniat, necne cum iure novo de exaequatione legatorum cum fideicommissis; sive quid hodie iuris sit inter codicillos anteriores, ac posteriores testamento? Iam late vidimus (b), quid h c de re arbitrari liceret, stante veteri discrimine legatorum a fideicommissis, tum ex Papiniani sententia in pandectis transcripta, tum ex rescripto imperatorum Severi, et Antonini a Triboniano in inststutionibus relato; atque inter tot interpretum dissidia manum quoque admovimus, quo componeretur Papiniani sententia cum rescripto imperatorum, itemque Triboniani iudicio. Sed praestat hoc loco considerare, quemadmodum ea doctrina de codicillis factis ante testamentum accommodari valeat novo iuri de exaequata legatorum ratione cum fideicommissis; quum varia illorum caussa diversum quidem ius effecerit in huiusmodi codicillis; adeo ut, quum hodie hoc discrimen cessaverit, non immerito exquirendum videatur, quid porro statuendum sit secundum normam novi iuris.

IX. Sed ex iis, quae antea monuimus, facile apparebit huius quaestionis definitio. Dum stetit discrimen inter legata, et fideicommissa, si legata scriberentur, codicilli confirmari debuerant *testamento*, sive ante, sive post testamentum fierent; sin fideicommissa, in anterioribus exigebatur quidem retentae voluntatis probatio in quavis novissima scriptura declarata, non item in posterioribus, ea nempe de causa quam discimus, tum a Papiniano, tum a rescripto Severi, et Antonini; quod quum agatur de voluntatis quaestione, opus est aliqua recenti voluntatis significatione, sive expressa, sive tacita, qua constet, testatorem priores codicillos retinere voluisse. Er-

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. ult.
(b) Loco cit.

go antiquata differentia inter legata, et fideicommissa, etsi una concidisset ius confirmationis in *testamento*, qua legata vim suam caperent, permansit tamen illa iuris ratio de voluntatis probatione, qua appareret retenta defuncti voluntas in anterioribus codicillis expressa; ideoque ut ut exoleverit ius confirmationis quantum ad legata, certe stare debuit, quod tantum spectaret voluntatis quaestionem. Quare ex duobus diversis iuris principiis, unum, quod referebatur ad relicta verbis directis, alterum, quod respexit quaestionem voluntatis, ubi primum cessavit in consequentiam exaequationis legatorum cum fideicommissis, nulla caussa est, cur alterum permanere non debuerit, tamquam ex vario fonte derivatum. Hoc praemisso necessario consequitur, vel hodie distare codicillos anteriores a posterioribus, quantum ad voluntatis caussam; si enim conficiantur post testamentum, nihil desiderabunt; nam veluti sponte sua partem quidem facient illius; sin ante, tum intercedat oportet recens animi significatio saltem tacita, qua probetur, testatorem eos revera retinuisse; aliter tamquam revocati censebuntur testamento postea sequuto; ideoque ex revocata defuncti voluntate nullo iure constare poterunt. Scio, non paucos interpretes contrarium tradere; quum satis habeant, voluntatem in codicillis anterioribus expressam non esse posteriore testamento revocatam. Sed ut ostendimus (a), id ideo factum, quod crediderunt, imperatores Severum, et Antoninum revera quid diversum rescripsisse a Papiniani sententia, quod numquam admiserim, ut loco suo longius demonstratum est (b).

(a) Cit. cap. 1. §. ult.
(b) Vide quae diximus loco cit.

DISPUTATIO CONSECTARIA

De solemni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis adversus JUSTUM HENNINGUM BOEHMERUM.

I. Quoniam, ut alias innuimus, nil magis periculosum est in iure romano interpretando, quam legum sententias pandectarum libris relatas conferre cum posterioribus principum constitutionibus; non semper enim comperies unam eamdemque vocem utrasque redolere; hinc factum, ut pragmatici praesertim, quibus datum est omnia perturbate tractare, vel non satis intelligentes intima veterum iurisconsultorum oracula, vel minime distinguentes veterem a nova iurisprudentia, quin legum exprimant potestatem, eas magis pervertant; atque saepissime fit, ut quum utriusque iuris rationem conciliare studeant, diversum quoddam ius componant, non modo alienum a veterum sententiis, sed ignotum ipsismet imperatoribus. Huic malo quidem praeter scriptorum imperitiam in romani iuris historia, occasionem quodammodo praebuit ipsamet iustinianea iuris collectio. Etenim quamquam Iustinianus curaverit, pandectarum codicem ita confici, ut nil in eo insertum, vel antiquatum appareret, vel cum novo iure pugnaret (a); hoc tamen revera Tribonianus non praestitit; nec tam brevi temporis intervallo, quo pandectae compositae sunt, praestari poterat, quin haud crediderim, hoc unquam Tribonianum fore assequuturum, nisi veterum sententias in aliam prorsus formam vertisset. Atque iam pridem

---

(a) Ita inquit Justinianus epistola ad Tribonianum de conceptione digestorum §. 10. *Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt nullo modo vobis easdem ponere permittimus.*

docti viri animadverterunt, quot falsa iuris dogmata in vulgus manaverint ex falsa illa opinione in foro potissimum recepta, quod unum, idemque ius perpetuo exprimat codex Iustinianeus, ac pandectarum.

II. Constat autem ex Theodosii lege, ut vidimus, non secus valere quamcumque supremam voluntatem praeter testamentum, quam solemni adhibitione quinque testium. At quis crederet, contra hanc expressam novi iuris constitutionem, Boehmerum praesertim haud veritum esse dissertationem peculiarem instituere *de codicillis sine testibus validis*, idque probare contendisse veterum consultorum sententiis? Arbitratur quidem, constitutionem non respicere codicillos testamento confirmatos. Sed quid ineptius, quam ad ius novum referre veterem doctrinam de codicillis confirmatis, quum haec iam exoleverit una cum differentia inter legata, ac fideicommissa? Verum, ut huic manifestissimo errori plenius occurratur, rem omnem ordine suo praestabimus.

§. I.

Summa disputationis exponitur.

I. Quum Boehmerus vidisset, codicillos ex pandectarum libris nullam prorsus solemnem testium praesentiam desiderasse, quam quidem veteres testamentorum tantum tabulis adscripserant; contra vero in codice Iustinianeo praescribi solemnem quinque testium numerum ex Theodosii constitutione (a), haud a iure alienum putavit, si, quantum res ferret, novam Theodosii legem ad veteris iuris normam quodammodo transferret. Expresserat quidem generaliter Theodosius quinque testium praesentiam in quavis suprema voluntate, testamento excepto; ita enim inquit (b): IN OMNI AU-

(a) In l. ult. §. ult. C. de codicillis.
(b) Loc. cit.

TEM ULTIMA VOLUNTATE, *excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur.* At quum non aliam codicillorum fecerit mentionem, nisi de confectis vel per nuncupationem, credidit Boehmerus, hoc satis esse ad legis potestatem extenuandam; ita ut nil fortasse proponi contra imperatoris mentem videretur, si certum codicillorum genus exciperet a generali lege de quinque testium praesentia. Hinc accepto veteri codicillorum discrimine inter testamento confirmatos, ac non confirmatos, quoniam de confirmatis testamento prostat in pandectis quaedam peculiaris iuris regula a non confirmatis longe diversa, nimirum ut scripta in illis perinde haberentur, ac si scripta essent in ipso testamento; opportune existimavit, rem ita componi posse, ut Theodosii praescriptum respiceret codicillos tantum testamento *non confirmatos*, non item *confirmatos*; hi enim quum ex veterum Consultorum doctrina ex testamento valere dicantur, nil referre credidit, utrum Theodosiano ritu, nec ne conficiantur; quum alioqui ipsa testamenti solemnia ad codicillos quoque *confirmatos* transferri valeant, perinde ac relicta in huiusmodi codicillis in ipso solemni testamento scripta essent.

II. Hoc speciosum iuris commentum nolim profecto uni Boehmero adscribere; is enim utcumque dilatare illud studuerit peculiari disputatione, nihilominus praecipua rerum capita mutuatus est quorumdam interpretum scriptis, quibus primo in mentem venit hoc novum iuris principium offundere; haud animadvertentes, quo revera spectaret ea vetus codicillorum doctrina, quae nullo pacto poterat cum novo iure convenire. Ac sane inter eruditiores neminem deprehendi huius sententiae fautorem, praeter unum Hugonem Donellum (a),

---

(a) Comment. iuris civil. lib. 7. c. 19. n. 10. et 20.

cuius doctrinam amplexus est quoque Vinnius (a) ut solet; quamquam Osualdus Hilligerus haud dissimulaverit Donelli errorem notare (b). Ex schola vero forensi Bartolus primo hoc idem in scenam adduxit (c), mutata tamen sermonis proprietate; scribit enim iure constare scripturam, sive *schedulam* sine solemni testium numero, ad quam testator in testamento se retulerit; puta si testamento declarasset, se praestare velle, quicquid codicillis, sive schedulis reliquisset: quod sane nil aliud est, nisi codicillos testamento confirmari. Utcumque autem Bartolus schedulam non solemnem testamento confirmatam approbarit, intellexit tamen de scriptura manu testatoris exarata; ita ut ex literarum comparatione, aliisque argumentis, ut arbitratur, certa habeatur scripturae fides. Sed Paulus Castrensis (d) non dubitavit Bartoli doctrinam protrahere etiam ad schedulas aliena manu conscriptas. Res tandem in pragmaticorum vulgus pervenit, quorum ingens turba, ut moris est, undique fluctuare visa est. Quidam caeco impetu in Bartoli, ac Castrensis doctrinam iurarunt; cum quibus mirum quidem est, Antonium Fabrum communionem fecisse (e). Alii, recentiores praesertim, haud veriti sunt Bartolinis resistere, ut Theodosii constitutionem a tanta calumnia vindicarent; quos inter eminet Harprectus (f), ut non immerito Heineccius fateatur (g), litem adhuc esse sub iudice. Ceteri demum, qui satius existimarunt mediam magis tenere viam inter oppositas sententias, vix sibi constant; atque mutuatis ex arabum dialectica speciosis verborum figmentis, ita quae-

---

(a) Iust. lib. 2. tit. ult. §. ult.
(b) Ad Donellum enucleatum l. 7. c. 19.
(c) In l. si ita scripsero de cond. et demonstr.
(d) Ad cit. l. si ita scripsero de condit. et demonstr.
(e) De erroribus pragmaticorum, decade 9. errore 3.
(f) Vol. 1. cons. 5.
(g) Antiquit. Rom. ad inst. lib. 2. tit. ult. §. 16.

stionem involverunt, ut amplius non appareat difficultatis nodus. Plerisque placuit distinguere, an huiusmodi schedula *implicite*, vel *explicite* in testamento comprobetur; aliis, an *per modum unius*, an *plurium*; an *definite* an *indefinite*, ac similia exhibent nugatoria commenta, quae non verentur in re seria proferre. Mitto alteram secundariam litem, quam excitarunt de probatione *identitatis* schedulae, ut aiunt, ne facile fides praestetur scripturis non solemnibus praeter veram testatorum voluntatem. Suaves sunt porro, quum inter tot tumultuarias quaestiunculas videas vel unius, vel duorum, vel plurium testium praesentiam a plerisque desiderari pro schedulae probatione. Atque in summa temere in omnia irruentibus, legumque auctoritatibus falso usurpatis, frustra conaberis ex illorum scriptis percipere, quo revera pertineat temeraria eorum doctrina an referatur ad supremas voluntates, an ad ceteros actus inter vivos, an intelligant de pagani codicillis, an de testationibus privilegiariis; ut desipere prorsus cogatur, qui eorum deliriis insistat.

III. Verum in tanta rei forensis perturbatione qui serio Theodosii constitutionem investigaverit, statim cognoscet, rem suapte natura manifestissimam adductam quidem esse in quaestionem interpretum licentia, ac errore. Etenim quum imperator intellexerit novam codicillorum formam statuere a veteri iure diversam, qua solemnis quinque testium numerus cavetur *in omni ultima voluntate excepto testamento*, nesciverim, qua fronte audeant eumdem testium numerum negare in *codicillis testamento confirmatis*; quum ceteroqui legis sententia generaliter referatur quamcumque supremam voluntatem extra testamenti tabulas. Duo quidem in iure habentur testationum genera; nimirum vel *testamentum*, vel *codicilli*; si ergo imperator praeter testamentorum tabulas expresse tribuit quinque testium numerum altero testationis modo, qui fiet, ut codicilli confirmati a lege abstrahantur? Nonne manifestissime in legem ipsam offendes, quum ex una, eademque codicil-

lorum forma ab imperatore generaliter praescripta duas feceris inter se se oppositas? Atque ne frustra repetantur, quae longiore sermone pertractavimus capite II. nostri commentarii de genuina Theodosianae constitutionis sententia (a), iure hic contendimus, unam prorsus esse codicillorum formam novo iure constitutam, sive confirmatio in testamento adiiciatur, sive contra, unoque ritu aeque expleri debeat quodcumque codicillorum genus: quum unam Theodosius formam cuique adscripserit ad differentiam constitutionis Constantini Magni qui primus solemnia admiserat in codicillis tantummodo *ab intestato* (b).

IV. Quocirca quum in Codice Iustinianeo apertissimo iure statuatur solemnis quinque testium adhibitio in suprema voluntate per *codicillos* expressa, nostra assertio satis liquet ex legis verbis, ut nullo penitus argumento indigeat; ac propterea in hac disputatione id unum praestat, ut adversariorum eluantur argumentationes, quibus legem circumveniunt, ut errorem suum tueantur. Ne autem rerum varietate obruamur rectius putaverim disputationem dispertire in sua quaeque capita; ut primo loco videamus, quo pertineant legum auctoritates, quae in contrarium afferuntur a Boehmero, suaeque sententiae fautoribus: tum expendemus rationes, quibus eam comprobare videntur; deinde investigabimus receptam fori sententiam, sive quid hactenus hac in re prodierit ex praecipuis senatuum decretis, Italiae praesertim; ut ita disputatio ad mores quoque, quibus utimur, flectatur. Postremo insectabimur Boehmerum, quoad alteram suae dissertationis partem, de ceteris nempe testationibus, quas etiam valere contendit sine quinque testium praesentia, quasque perperam ad codicillos retulit.

(a) Vide quae diximus cap. 2. de novo iure codicillorum §. 1.

(b) Cit. cap. 2. §. 1. n. 1. et 2.

§. II.

Convelluntur contraria argumenta ex iuris locis petita.

I. Ne verborum ambagibus quaestio involvatur, liceat hic principio praemittere, *codicillorum* nomine, praesertim iure novo, venire quamcumque supremam defuncti voluntatem praeter testamenti rationem; sive ea scripta sit, sive per nuncupationem, sive facta ab intestato, sive pertinens ad testamentum, sive demum directe declarata, sive per fideicommissum; quantum enim ad iuris solemnia una est omnium caussa, unoque ritu expleri debent. Etenim utcumque veteres distinguerent *codicillos* ab *epistolis*, quatenus in illis proprie legata scriberentur, in his fideicommissa; sublata tamen per Justinianum differentia inter legata, et fideicommissa, nec amplius distant *codicilli* ab *epistolis*. Vulgo etiam *schedulas* quandoque appellant ea appendicula supremae voluntatis extra testamenti tabulas; sed quoquo modo eas nominemus, perspicuum est, eadem iuris solemnia ex Theodosio omnibus uno modo praescribi. Etenim imperator praetermissis tot variis codicillorum nominibus, generali significatione, illis nempe verbis *in omni ultima voluntate excepto testamento*, complectitur quicquid ad suprema pertineret excepta caussa testamenti; ut ita sub una lege comprehenderet quicquid extra testamenti tabulas vagaret.

II. Hoc posito videamus, quidnam ab adversariis afferatur, ut codicillos, sive *schedulas* testamento confirmatas a Theodosii lege excipiant; et primo cuius momenti sint legum auctoritates, quae communiter afferuntur. Tria iuris loca hic profert Boehmerus (a) ad

---

(a) Cap. 1. suae disput. §. 15. et seq.

suam sententiam comprobandam, quorum duo accepit a Donello, tertium a Bartolo, eiusque sectariis; a Donello quidem profertur lex 77. *de heredibus instituendis*: atque lex 10. *de conditionibus institutionum*; a Bartolo vulgata lex, *si ita scripsero* 38. *de conditionibus, et demonstrationibus*. Mirum quidem est, ex pandectarum libris, unde relatae leges depromptae sunt, argumenta hic duci ad nostram quaestionem; ubi enim agitur de interpretatione Theodosianae constitutionis, nesciverim, quo pacto crediderint, id assequi posse veterum consultorum sententiis, quas sane perperam retuleris ad novum ius imperatorum. Iam vidimus, quemadmodum iure pandectarum codicilli nullis iuris solemnibus admitterentur, unaque intelleximus, non nisi ex Theodosio eos solemnes omnino probatos. Qui ergo fiet, ut ius novum explicent ex veteri iuris norma? An Consulti intendere potuerant in novas leges? Haud negaverim, recte conferri pandectarum sententias cum iure codicis, ubi una voce consentiant; sed quomodo ad novi iuris interpretationem argumenta sumi valeant ex iure iam abrogato, prorsus non video. Etenim frustra quaerimus a veteribus consultis, an codicilli confirmati exigant solemnem numerum quinque testium a Theodosio praescriptum; quum codicillorum solemnia ignota illis fuerant. Itaque ut huic disputationi recte occurrerent, non aliam legum auctoritatem opponere debuissent, nisi quae vel ex ipsa Theodosii lege, vel posterioribus haberetur constitutionibus.

III. Verum ut ut intempestive recurrant ad eas leges, quae iure pertrahi nequeunt ad nostram disputationem, praestat tamen, ut audiamus, quid umquam ex iis sibi voluerint. Ex tribus autem praecipuis iuris locis, quae hic afferuntur, primum est, ut Donello satisfaciamus, tum descendere ad Bartolinos licebit. Plura quidem falsissima iuris dogmata congerit Boehmerus ex huiusmodi pandectarum locis quoad iuris veteris observationem in codicillis; sed ne a quaestione aberremus, hic tantum inspiciemus, quod pertinet ad propositam contro-

versiam, cetera alibi opportunius examinabimus. Offert itaque Donellus duas iuris sententias, unam Papiniani (a), alteram Ulpiani (b); quae tamen unam, eamdemque speciem complectuntur. Certi iuris est, hereditatem directe neque dari, neque adimi in codicillis; quum hereditatis datio non nisi testamento constet, ne confundatur ius codicillorum cum testamentis (c); hinc Papinianus hanc speciem proponit: *asse toto non distributo ita scriptum est; QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, HERES ESTO. Titium CODICILLIS heredem instituit, eius quidem institutio valet, ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur* (d). Apertissima est Consulti sententia: quis testamento ita dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, deinde codicillis heredem scribat, quaeri posset, an valeat huiusmodi institutio; quum ex recepta iuris regula nequeat hereditas directe codicillis dari. Et valere ait; quia haec institutio non *ex codicillis*, sed ex *testamento data videtur*. Idem proponit Ulpianus (e): *Institutio talis: SI CODICILLIS SEIUM HEREDEM SCRIPSERO, HERES ESTO, non est inutilis in quovis herede instituto praeter filium; est enim conditionalis institutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est: verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: CUIUS NOMEN CODICILLIS SCRIPSERO, ILLE MIHI HERES ESTO, pari ratione dicendum erit institutionem valere, nullo iure impediente.* Ex duobus istis iuris locis perspicuum est, id unum in quaestionem venisse, num

(a) In l. asse toto 77. de heredibus instituendis.
(b) In l. institutio talis 10. de conditionibus institutionum.
(c) Vide quae diximus cap. 1. §. 1.
(d) Cit. l. 77. de heredibus instituendis.
(e) Cit. l. 10. de conditionibus institutionum.

scilicet institutiones in testamento ita conceptae: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, vel demum: *si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto*, inutiles haberentur; propterea quod in codicillis factae viderentur, in quibus hereditatis datio iure non constat. Papinianus ergo, et Ulpianus uno ore valere respondent, ea nempe de caussa, quod licet vera sit iuris regula, ut heredis institutiones scribi nequeant in codicillis, tamen in huiusmodi speciebus non ex codicillis, sed ex testamento hereditas data videtur. Quippe aliud est dari hereditatem, aliud heredis personam nominari; quum autem in testamento quis dicat: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, iam hereditatem dedisse censetur; quum vero codicillis scribat nomen heredis, sive heredem declaret, tum non instituit, sed heredem, quem iam destinaverat, tantum manifestat: ideoque datio quidem hereditatis codicillis improbatur, non item heredis manifestatio. Atque, ut scite exponit Cuiacius (a): *Quum dixit, quem codicillis heredem fecero, heres esto, videtur tantum contulisse nomen heredis instituti in codicillis; et QUEM HEREDEM CODICILLIS FECERO, hoc est, quem nominavero codicillis, ille heres esto. Codicillis ergo recte scribitur nomen heredis, sed non recte instituitur heres.*

IV. Sed quorsum haec ad rem nostram? Respondet Boehmerus (b) Donelli auctoritate, atque ita argumentatur: Ideo in relatis speciebus valet heredis institutio in codicillis quod quidquid scribitur in codicillis *confirmatis*, perinde haberi debet, ac si in testamento ipso scriptum esset; ac propterea relicta in illis ita inesse creduntur testamento, ut licet desint proprii codicillorum solemnia, relicta tamen in codicillis confirmatis ex testamento ipso valere videantur pari ra-

(a) In l. 17. quaest. Papin. ad cit. l. 77. de heredib. instit.

(b) Cap. 1 suae disput. §. 15.

tione, qua Consulti dixerunt, illas heredis institutiones ex testamento quoque datas videri. Atque tria hic Boehmerus colligit ex his legibus. *Valida* I. inquit (a), *est heredis institutio in codicillis designata, quae alias per se invalida*. II. *quidem, ut directo valeat, non per modum fideicommissi; atque hinc integram portionem accipit non directa Trebellianica, quae alias detrahenda foret, si iure fideicommissi partem suam acciperet*. III. *fundamentum decisionis in eo quaeritur: quod quia codicilli specifice antecedenter confirmati sunt, et testator eo ipso se ad illos referat, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur. Ex quo ipso evincitur, specialem confirmationem codicillorum id operari, ut id, quod in codicillis disponitur, pro eo habendum sit, ac si in testamento dispositum esset.*

V. Quot verba, tot paradoxa. Ac primum falso quidem principio argumentatur. Etenim heredis institutio numquam valuit in codicillis, licet *confirmatis* testamento ex apertissimis veterum consultorum sententiis, ut alibi exposuimus (b). Audiat Caium (c): *Item per codicillos nemo heres institui potest, QUAMVIS TESTAMENTO CONFIRMATI SINT.* Item Ulpianum (d): *Qui testamento heres institutus est, codicillis etiam non confirmatis rogari potest, ut hereditatem totam, vel ex parte alii restituat; QUAMVIS DIRECTO HERES INSTITUI NEQUIDEM CONFIRMATIS CODICILLIS POSSIT.* Sive ergo codicilli essent confirmati testamento, sive non confirmati, numquam constabat hereditatis datio in codicillis verbis directis concepta, *ne confunderetur*, ut ait Iustinianus (e), *ius testamentorum*,

(a) Loco cit.
(b) Cap. 1. nostri comment. §. 10.
(c) Inst. lib. 2. tit. 7. §. 8.
(d) Tit. 25. §. 11.
(e) Inst. lib. 2. tit. ult. §. 2.

et codicillorum. Quid ergo Boehmerus ait, ideo valere in illis speciebus heredis institutionem in codicillis, *quod quia codicilli specifice antecedenter confirmati sunt, et testator eo ipso se ad illos referat, non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur?* Plane quum non vidisset, quid revera iuris esset apud veteres in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, temere offendit in falsissima iuris principia. Deinde undenam Boehmerus accepit, Papinianum, et Ulpianum loquutos de codicillis *confirmatis*? Palam est, Consultos quaestionem minime contulisse ad rationem confirmationis, sed generaliter sermo instituitur de heredis declaratione in *codicillis* facta, quum alioqui quaestionis definitio non penderet ex regula confirmationis. Cur, inquam, Boehmerus credidit, illic agi de codicillis confirmatis, quum nullum huius rei vestigium appareat? Forsan putaverit pro confirmatione codicillorum accipi ea verba: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, vel: *cuius nomen codicillis scripsero, heres esto*! Perperam quidem opinatus esset, si existimaverit, ea verba vim confirmationis habere. Iam vidimus, quemadmodum codicilli confirmarentur, quibusque formulis veteres utebantur(a). Fateor, ubi testamento dicatur: *quem heredem codicillis fecero, heres esto*, videri quidem testatorem, per consequentiam codicillos comprobare: sed negaverim hoc referri posse ad eam confirmationis potestatem, ex qua constabant relicta in codicillis per verba directa.

VI. Inquies, in huiusmodi testamentis, de quibus consulti loquuntur, aderat fortasse expressa codicillorum confirmatio. Respondeo, nihil obstare, quin adiecta esset, sed quid hoc quaeso ad propositam dubitationem? Non eo quaestio pertinebat, an valeret institutio, tamquam in codicillis confirmatis facta; sed an in testamento quidem hereditatis datio, in codicillis vero heredis nomen stare posset. Hinc vides iterum Boehmerum halluci-

---

(a) Cap. 1. nostri comment. §. 10.

nari, quum confundit hereditatis dationem cum heredis manifestatione. Quippe consulti eam tantum dubitationem excitarunt, an si quis scriberet heredis nomen in codicillis, quum in testamento prius caverat: *quem heredem codicillis fecero*, vel: *cuius nomen codicillis scripsero*, *heres esto*, improbari videretur institutio, tamquam in codicillis declarata, et respondent, ideo valere, *quod licet* (verba Papiniani) *codicillis dari hereditas non possit*; *tamen haec ex testamento data videtur*. Non recte quidem heres instituitur in codicillis, licet recte nomen heredis scribatur, quo fit, ut in relatis speciebus perspicuum fuerit, heredis institutionem in testamento quidem factam esse, etsi personam heredis testator in codicillis nominaverit. Quid ergo Boehemerus consultos calumniatur, quum aliunde rationem petierit (et falsam quidem) illarum sententiarum, si expressis Papiniani verbis vera iuris ratio habeatur? Quid quaeso insolentius, quam in errorem suum consultos quoque adducere conari? Demum quis non perhorrescet, quum a Boehmero audiverit, eas institutiones, tamquam in codicillis factas accipi, et quidem directe, non item per fideicommissum? Quid afferri poterat absurdius? Aio, *directam* quidem institutionem ideo illic haberi, quia directe *testamento* data est. Tantum valet illa enunciatio: *quem heredem*, *codicillis fecero*, *heres esto*, quantum haec *heres esto*, *cuius nomen scripsero*, *sive declaravero codicillis*. Directam hanc quidem agnoscimus institutionem, ex verbis nempe directis testamento pronuntiatis *heres esto*, quod sane nequit ad codicillorum rationem referri, nisi in absurdissima iuris principia offendatur. Itaque ex genuina harum legum intelligentia quisque videt, quam extranea sint, quae ex iis proferre conantur, quin quam longe abberraverint a sincera consultorum sententia, ut mirum sit, id Donello primum excidisse. Repetunt quidem a confirmatione codicillorum, quod apertissime Papinianus praesertim refert ad diversam prorsus iuris rationem; sive enim codicilli confirmen-

tur, sive contra, aeque valet institutio ex testamento; quum testator haeredem in eo instituat, cuius nomen in codicillis deinde manifestaverit.

VII. Tertius iuris locus, quem vulgo afferunt ex Bartolo, est, inquam, lex *si ita scripsero* 38. *de conditionibus, et demonstrationibus.* Haec porro sumta est ex singulari Pauli libro *de iure codicillorum.* Verba sunt, *si ita scripsero*, QUANTUM CODICILLIS TITIO LEGAVERO, *licet codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet*; *solaque quantitas in codicillo delata est*; *nam et apud veteres talia legata fuere*: QUANTUM EI PER EPISTOLAM SCRIPSERO, QUANTUM EX ILLA ACTIONE DETRAXERO, HERES DATO. Satis perspicua patet haec Pauli sententia. Pone testamento cautum, tantum legati nomine Titio praestari, quantum codicillis, vel epistolis scriptum esset, quod hac formula veteres exprimere solebant: *quantum codicillis, vel per epistolam Titio legavero, vel scripsero, heres dato.* Quaerit consultus, an talia legata valerent? Et respondet valere quidem ex testamento, non autem ex codicillis, quum in codicillis, vel epistola non utique legatum scribitur, sed illius quantitas tantum declaratur; ideoque ex testamento datum videtur, licet sola quantitas ex codicillis habeatur. Quid quaeso Bartolini sibi velint ex hac Pauli sententia? Fingunt primo, consultum loqui de codicillis testamento confirmatis; tum contendunt, non alia de caussa talia legata ex testamento valere, nisi quia quicquid scribitur codicillis confirmatis, datum videtur in ipso testamento; atque, ut ait Boehmerus (a): *Quare autem legatum ex codicillis non valet* (loquitur quidem de relato Pauli loco)? *Quia scilicet testator antecedenter codicillos confirmavit, et se per expressum ad illos retulit, ut ideoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat.*

VIII. Sed profecto nodum in scirpo quaerunt. Falso

(a) Cap. 1. suae disput. §. 16.

quidem arbitratur Boehmerus, Pauli sententiam accipiendam de codicillis testamento confirmatis, id enim nedum non habetur ex illius verbis, quin contrarium aperte evincitur. Quaerit consultus, si testamento quis tantum Titio legaverit, quantum codicillis scripserit, utrum ex testamento legatum dari dicatur, an potius ex codicillis? *Et ex testamento* valere ait, ea nempe ratione, quod non utique legatum, sed sola illius quantitas in codicillis delata videtur. Dicat quaeso Boehmerus, quid caussae est, cur Paulus in hac specie dubitationem moverit, an ex testamento, an ex codicillis legatum consistat, quum certi iuris sit, legata aeque valere, tum in testamento data, tum in codicillis? Quid porro intererat definire, an magis ex una, quam altera testatione legatum constaret, quum idem prorsus iuris in utraque deprehendatur? Atque ex speciebus antea relatis Papiniani, et Ulpiani intelligimus quidem, multum referre, an heredis institutio data videretur ex testamento magis, an ex codicillis, propterea quod hereditatis datio nullo iure constat, si codicillis scribatur, ideoque ubi consulti institutionem in testamento factam existimarunt, licet heredis manifestatio scripta esset in codicillis, eam quidem valere decreverunt, quae aliter inutilis fieret. Contra in Pauli specie nullus dubitationi locus videri posset, quum legata recte relinquantur in utroque testationis genere. Quo ergo pertinebit huiusmodi quaestio a consulto instituta? An futilem dubitationem hic Paulum movisse crediderit Boehmerus?

IX. Verum nec temere quaestionem movit; nec alio haec spectare poterat, nisi ut, considerata veteris iuris norma in legatorum datione, multum referret inspicere, utrum ex testamento, an ex codicillis legatum haberetur. Quippe legata, tamquam verbis civilibus concepta, non secus constabant, nisi relicta, vel in solemnibus testamenti tabulis, vel in codicillis quidem, sed testamento confirmatis. De confirmatis nota erat iuris regula, ut relicta in illis ex testamento valerent;

ita ut frustra Paulus dubitationem movisset de re satis manifesta. Quaestio ergo pertinere tantum poterat ad codicillos *non confirmatos*, in quibus non legata, sed fideicommissa tantummodo constabant, ita ut si legata in iis scriberentur, nullius erant momenti. Hinc quaerit Paulus, si testator testamento ita caverit: *quantum codicillis Titio legavero*, *heres dato*; et deinde quantitatem exprimat in codicillis, qui non essent testamento confirmati, an idcirco legatum valeret? Quaestio ex eo pendebat, ut dignosceretur, an legati datio facta videri poterat in testamento, an codicillis; si codicillis, inutilis prorsus fieret, quum ea recte scribi non poterat, nisi vel testamento, vel codicillis *confirmatis*; sin testamento, tum recte constaret. Itaque Paulus attendens ea testamenti verba: *quantum codicillis Titio legavero*, *heres dato*, non secus agnovit legati dationem, quam ex testamenti verbis; nam quantitatis descriptio in codicillis facta legatum non constituit, sed *explicat*, ideoque ait: *Si ita scripsero*: *quantum codicillis Titio legavero*, LICET CODICILLIS LEGATUM EXPLICETUR, *tamen ex testamento valet*; SOLAQUE QUANTITAS IN CODICILLO DELATA EST. Atque, ut ex Papiniano, et Ulpiano audivimus, sola heredis manifestatione in codicillis facta, haud videri datam in iis hereditatem; ita ex Paulo sola legati quantitate in codicillis descripta, non intelligi ex codicillis legatum valere; et quemadmodum ex testamento valere dicitur ea institutio: *quem heredem codicillis fecero*, *heres esto*, licet codicillis heredis nomen explicetur; ita ex testamento etiam valere dixit Paulus eam legati dationem: *quantum codicillis Titio legavero heres dato*, licet quantitas in codicillis deferatur. Etenim sola heredis manifestatio in datione hereditatis, vel quantitatis descriptio in legatis nec institutionem, nec legatum constituere videtur.

X. Ex intellecta hactenus genuina consultorum mente in relatis iuris locis, quantum ex ipsismet verbis perspicue apparet, quis modo non videt, quemadmodum hal-

lucinentur, qui earum legum auctoritate rationes petere crediderunt, ad eorum sententiam in proposita disputatione comprobandam ? Turpiter quidem falluntur, quum arbitrati sunt, ideo in illis speciebus institutionem, atque legatum ex testamento valere dicatur, non autem ex codicillis; quod illic agebatur de codicillis testamento confirmatis, in quibus ex nota iuris regula quicquid scribebatur, perinde haberetur, ac si scriptum esset testamento. Fateor quidem hoc iuris principium apud veteres admissum in codicillis confirmatis; sed falsum est, consultos in illis locis de codicillis confirmatis loqnutos; vel saltem definitionis rationem petiisse ex iure confirmationis. Etenim palam est, institutionem directam, de qua est sermo in Papiniani et Ulpiani loco, numquam constare potuisse in codicillis vel testamento confirmatis, ut probavimus. Quod autem spectat Pauli speciem, satis liquet, aeque valere legati dationem ex testamento, licet legati quantitas expressa sit in codicillis, sive confirmatis, sive non confirmatis: tantum enim abest, ut consultus dubitationem moverit de codicillis confirmatis, quin nequeat ea species referri, nisi ad non confirmatos; nec ex iure confirmationis, sed ex alio prorsus iuris principio legatum ex testamento constare manifestissime deprehenditur.

XI. Verum quamquam ex relatis iuris locis, quos obiiciunt, falsa omnino coniecerint, longeque aliena ab hac disputatione, ultro tamen fatemur, veram esse doctrinam, quae profertur de codicillis confirmatis ex veterum scriptis; ut nempe quicquid in iis scribatur, perinde haberi debeat, ac si scriptum esset in ipso testamento; quippe etsi perperam eam accommodaverint ad illarum legum sententiam exprimendam, nihilominus non ambigitur, veteres eam iuris regulam recepisse quidem in codicillis confirmatis; qua de re longius egimus in nostro commentario (a). Quocirca, ne nobis frustra ira-

(a) Vide quae diximus cap. 1. §. 10.

scantur, sciant, id tantum hactenus curae fuisse, ut errorem detegeremus, in quo versati sunt; quum ex huiusmodi iuris locis falso argumenta petierint, quae sane tueri nequeunt, quin manifestissima eorum intelligentia pervertatur. Hinc missos facimus ceteros iuris locos a Bartolo congestos (a), veluti longissime a proposito alienos, ne in rebus prorsus extraneis tempus terere videremur. Ceterum quidnam contendant ex illa veteris iuris regula de codicillis confirmatis, mox videbimus; quum sermo erit de altero argumentationum capite.

§. III.

Expenduntur rationes, quibus adversarii existimarunt suam tueri posse sententiam.

I. Perspecta argumentorum fallacia ducta ex falsa legum interpretatione praestat modo reliqua rationum momenta attingere, quae in contrarium afferuntur ad tollendum solemnem quinque testium numerum in codicillis confirmatis. Ac sane tota argumentorum summa uno tantum nititur iuris principio; quo quidem redit, quicquid vel Donellus, vel Bartolus vel demum Boehmerus, ceterique eius fautores protulerint; adeo ut si illud ruat, nihil prorsus supersit, quo eorum valeat sententia sustentari.

II. Donellus, inquam, ut vidit veterem iuris regulam in codicillis confirmatis, ut nempe *relicta in his perinde haberentur, ac si scripta essent testamento*, haud animadvertens quo revera pertineret, credidit eam commode perduci posse ad novum ius codicillorum, atque ita argumentatur: Statuit quidem Theodosius solemnem quinque testium numerum in quavis suprema volunta-

(a) In cit. l. si ita scripsero 38. de conditionibus, et demonstrationibus.

te praeter testamentum, ad differentiam veteris iuris, quo codicilli solemnes non erant. At quoniam ea est vis codicillorum, qui testamento confirmantur, ut relicta in illis ex testamento ipso valere dicantur, apparet eos non comprehendi sub Theodosii praescripto; etenim quae propria abest codicillorum solemnitas, ex testamento suppleri videtur; quid enim refert, an huiusmodi codicilli solemniter fiant, quum tantum in his valeant relicta, quantum si scripta essent in ipso testamento? *Neque*, ut ait (a), *id prohibet Theodosii constitutio*, *quae in omni ultima voluntate illam observationem suam valere iubet*; *addit enim* IN OMNI VOLUNTATE EXCEPTO TESTAMENTO. *In proposito autem codicillis relicta*, *testamento relicta dicimus*; ac propterea etsi codicilli revera rite non fiant, quia tamen relicta considerantur, ac si testamento solemni scripta essent, tamquam ex testamento recte valere videbuntur. Haec Donellus. Idem prorsus Bartolus congerit Arabum dialectica; ideo enim, arbitratur, valere schedulam non solemnem, testamento tamen confirmatam, quod etsi absit solemnis testium numerus, IMPLICITE tamen testes testamentarii ei adfuisse intelliguntur: *Nec obstat*, inquit (b), *quod dicitur*, *non est solemnis*; *immo est solemnis*; *quia quicquid relinquitur in testamento refertur ad hanc scripturam.* Hinc Bartolini testationes non solemnes, testamento tamen confirmatas, non tam *codicillos* appellarunt, quam *schedulas*: quo nomine proprie venire credunt, quicquid testator scripserit extra testamenti tabulas, in quibus tamen fateatur, valere velle, quae in *schedulis* iusserit; adeo ut quod in libris iuris *codicilli confirmati* nomine appelletur, vulgus nominat testationes, sive *voluntates per relationem ad schedulam.* Utcumque autem Donelli doctrina verbis tantummodo distet a tricis Bartolinis, una tamen re ipsa

---

(a) Comment. iuris civilis lib. 7. cap. 19. n. 10. et 20.
(b) In cit. l. si ita scripsero 38. de condit. et demonstrat.

conveniunt: ut nempe codicilli confirmati haud comprehendantur sub Theodosiana constitutione; propterea quod relicta ex testamento valere dicantur; vel ut placuit Bartolo, *in voluntatibus per relationem ad schedulam testes implicite adesse videntur.* Eadem prorsus recudit Boehmerus (a); ita ut licet varia verborum quisque forma utatur, unico tamen, eidemque omnes peraeque haerent principio.

III. Sed quid absurdius afferri poterit vel Donelli argumentatione, vel Bartolino commento? Nonne hoc pudet tum puriorem, tum vulgarem iuris interpretem? Quid quaeso (Donello praesertim dixerim) ad rem nostram pertinet vetus iuris regula de codicillis confirmatis, quum suppressa ea mansisset novi iuris introductione? Iam longo sermone demonstravimus (b), quemadmodum ex Iustiniano exaequata legatorum natura cum fideicommissis (c) cessaverit quodvis iuris discrimen inter codicillos confirmatos, ac non confirmatos; si enim hi antea inter se se distabant ob variam illam relictorum rationem, ridiculum esset amplius distinguere varium ius in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, ubi unam hodie agnoscimus relictorum caussam, quasi consequentia stare valeant sine antecedentibus. Hinc proficiscitur, ut sicuti per Iustinianum non amplius differrent quantum ad iuris effectus varia illa codicillorum genera, ita necessario recessit quicquid iuris peculiare in confirmatis veteres constituerant; si enim hodie communi prorsus iure reguntur, quo inquam pacto simul retinebis veterem illam iuris regulam, quae codicillos tantum confirmatos spectabat? Etenim fracto *confirmationis* principio in codicillis, quod certe manaverat ex veteri illa *legatorum* potestate a *fideicommissis* distincta, quid porro in scenam iterum adduxeris veterem iuris re-

(a) Cap. 1. suae disp. §. 30. et seq.
(b) Vide quae diximus cap. 2. nostri comment. §. 4.
(c) L. 2. C. communia de legatis etc.

gulam de codicillis confirmatis, ut nempe scripta in his haberi debeant, ac si scripta essent testamento?

IV. Scio Tribonianum in pandectarum collectione reliquisse quidem illius veteris doctrinae vestigia; quod sane caussam praebuit Donello, ut ignorata intima eius vi, atque origine, facile ea abuteretur in novi iuris expositione. Sed quis ignorat, quanta veteri doctrina scateant pandectarum libri, quam nullo pacto ad ius novum pertrahere queas? Nonne ubique disseminatae prostant veterum sententiae de differentia legatorum a fideicommissis, quae tamen Iustiniano auctore prorsus recesserat? Quid ergo mirum, si de veteri iure *confirmationis* in codicillis mutilae quaedam reliquiae deprehendantur in libris iuris? At inquies, an et hodie non licebit confirmare codicillos testamento? Fatemur quidem, ut alias vidimus (a), nullo iure vetari, ne quis testamento codicillos confirmet; sed negamus veterum sententias de iure confirmationis convenire posse cum nova codicillorum ratione nata ex sublata differentia inter legata, ac fideicommissa; non enim disputamus de confirmandis codicillis, sed de illo iuris effectu, quem veteres in confirmatione agnovere, ut admitterent *legatorum* dationem in codicillorum tabulis. Quare quum iure novo utrumque codicilli genus in unam rediisset consonantiam, vel fateantur oportet eumdem solemnem testium numerum in utrisque desiderari ex Theodosii praescripto; vel si hunc tollant a *confirmatis*, nulla caussa est, cur idem dici nequeat de *non confirmatis*; tumque irruent in apertissimam imperatoris constitutionem.

V. Verum ut luculenter appareat, quam praepostere argumententur, liceat modo iis concedere ut vel antiquatas veterum sententias adhibeant in novi iuris expositione; praestat enim humaniter cum iis agere, quorum argumenta undique erroribus obvolvuntur. Equidem veteres consulti posuere, ut *relicta in codicillis confirmatis*

(a) Loc. cit.

perinde haberentur , *ac si scripta essent in ipso testamento*. Quid hoc quaeso ad rem nostram? Nimirum, aiunt, si relicta in codicillis ex *testamento* valere dicuntur, quid opus erit solemni quinque testium numero? Nam hic testium numerus utique exigetur in iis codicillis, in quibus relicta proprio iure sustententur, ut contingit in codicillis non confirmatis; sed ubi relicta ex testamento valent, cessat propterea ratio adhibendi solemnia in ipsismet codicillis, quasi codicilli confirmati ita regantur testamenti solemnibus, ut suis non egeant.

VI. Mirum est, huiusmodi verborum involucris vera falsis ita permisceri, ut nisi rerum notiones secernantur, numquam fallacia satis apparebit. Etenim aliud est, *relicta in codicillis ex testamento valere*, aliud *solemnem haberi eam voluntatem, quae talis revera non sit.* Quando veteres admiserunt relicta in codicillis confirmatis, veluti si relicta essent in testamento, id unum revera intellexerunt, ut iuris fictione introducerent in codicillorum tabulis *legatorum* dationem, quae sane ex legis rigore admitti non poterat, nisi in testamento, quod re ipsa codicillis relinquebatur (a). Quae ergo relictorum genera ex legis rigore non constabant, nisi testamento, admissa quidem fuere in codicillis testamento confirmatis; indeque manavit regula, ut in his relicta perinde essent, ac si testamento scripta fuissent; confirmatio enim in testamento habita quoddam redolere eorum principium videbatur, ut loquitur Tryphoninus (b). Quocirca esto inquam, ut huiusmodi codicillorum regula ad ius novum etiam accommodari queat, quid obsecro haec commune habet cum Theodosii constitutione de solemni quinque testium numero? Efficiet quidem, ut relicta in codicillis ex testamento valere dicantur. At quo pacto *solemnis* habebitur ea voluntas, quae

---

(a) Vide, quae latius hac de re attulimus cap. 1. §. 10. n. 5. et seq.

(b) L. 12. §. 5. de captivis, et postliminio reversis.

rite facta non sit? Meminisse hic refert, apud veteres codicillos solemnes prorsus non fuisse, ita ut inferri nequeat regulam illam respexisse voluntatis solemnia, quum nullam tum codicilli solemnitatem desideraverint; non ergo veteres eo regulam retulerunt, ut rite facta haberetur ea voluntas, quae talis revera non esset, sed ut fictione iuris ex testamento magis relicta valerent, quam ex codicillis, ut ita legis rigorem declinarent, ex quo usus verborum civilium testamenti tantum tabulis admittebatur. Itaque quod veteres in unam caussam retulerant, nequit ad alteram transferri, eamque nedum longe ab illa diversam, sed quae stare nequit, nisi Theodosii constitutio pervertatur; ubi enim imperator solemnia omnino praescripsit in huiusmodi voluntatibus, id agunt, ut fallacia verborum solemnis quidem habeatur voluntas, quae talis revera non sit.

VII. Quae hactenus dicta sunt, satis fortasse videri poterunt ad detegenda fallacissima adversariorum argumenta, quibus abutuntur, ut Theodosii legem fraudarent. Sed praestat praessius eos insectari, ut tandem vel inviti errorem suum fateantur. Sumunt porro, *solemnia testamenti sufficere, ut schedula, sive codicilli testamento confirmati solemnes habeantur*. Haec autem assertio duas potissimas notiones includit, quas refert prius extricare, quam illius refutationem aggrediamur. Prima est, ut videamus, quid *solemnitatis* nomine revera intelligendum; altera, quemadmodum solemnia adhibita in uno defuncti iudicio, sive per scripturam fiet, sive per nuncupationem, pertrahi valeat ad alterum ab eo distinctum: uno verbo quidnam hoc sit, codicillos solemnes haberi per testamenti solemnia.

VIII. Utcumque veteres in testamentorum tabulis varia solemnium genera adhibuerint, palam est, novo imperatorum iure remissa veteri formularum superstitione, iurisque civilis subtilitatibus, tota hodie solemnitatis ratio in supremis vertitur circa ea, quae tutiorem reddant voluntatis probationem; adeo ut definitus testium numerus, eorumque signa, ceteraque huiusmo-

di non alio spectent, nisi ut fraudibus, quoad possit, occurratur, ne facile defunctorum iudicia subverterentur. Maiora quidem solemnia leges statuerunt in testamentis, quam in codicillis, licet utrumque iudicium non alia solemnia admittit, nisi quae conferunt ad tutiorem voluntatis probationem. His perspectis, manifestissime apparet, ne verborum ambagibus obruamur, per *solemnitatis* notionem in supremis non aliud hodie revera venire, nisi *quidquid lege praescriptum est, ut voluntatis veritati prospiciatur* (a).

IX. Intellecta sincera *solemnitatis* notione in supremis iudiciis, quatenus novo iure accipitur, tum in testamentis, tum in codicillis, videamus modo, quid adversarii sibi voluerint. Contendunt, solemnia testamenti sufficere ad schedularum, sive codicillorum solemnitatem. Fabulae. Quum unius iudicii solemnia ad alterum perducunt, non aliud revera asserunt, nisi quod solemnia in testamento adhibita nedum tueantur fidem voluntatis in testamento expressae, sed et voluntatis declaratae in codicillis. At quis umquam ita ineptiverit, ut credat testium praesentiam in testamento admissam tanti momenti esse, ut fidem quoque tueatur alterius testatoris iudicii, in quo testes re ipsa non adsint? Quid sane absurdius, quam solemnem facere eam voluntatem, in qua revera solemnia desint? Vel quo pacto dixeris, tutiorem haberi probationem unius voluntatis per solemnia in altera adhibita? Si ergo *solemnitatis* nomine non venit, nisi quicquid conducit ad tutiorem voluntatis fidem, quid obsecro solemnem feceris eam voluntatem, in qua revera id abest, unde haec tutior fides haberi potest?

X. Inquiunt fortasse: quum testator testamento cavit, se valere velle, quicquid in schedula, sive codicillis relinquat, veluti testamenti partem, vel tamquam si ea relicta scripta essent in ipso testamento, sa-

(a) Vide L. 21. et 26. C. de testamentis.

tis hoc esse poterit, ut propria solemnitate codicilli non egeant. Sed dicant quaeso, an tum solemnes habebuntur, quia ita testator iussit, an quia *iure* solemnes haberi poterunt? Si primum, quid magis absonum fingi poterit? Forsitan actus legitimi ex hominis, non ex legis pendent arbitrio? Sin alterum, pudet inquam redire ad vomitum; non enim solemnes haberi possunt eae voluntates, quae rite, idest secundnm legis praescriptum non perficiantur; ubi enim lex actum legitimum constituit, nequit is aliter valere, nisi legitime expleatur. Sive ergo testator iubeat, se valere velle, tamquam testamenti partem, quod in alia scriptura reliquerit, sive hoc non expresserit, aeque semper codicilli habebuntur, tamquam testamenti partes, eiusque sequela. At quod attinet ad solemnia voluntatis, sine quibus actus iure non constat, ridiculum est aliunde solemnia repetere, quae naturaliter debent actum ipsum comitari.

XI. Sed nonne veteres (dixerit quis) fictione iuris habuerunt relicta in codicillis confirmatis, ac si relicta essent testamento? Cur pari saltem ratione fingi hodie nequeat, solemnem quidem haberi eam voluntatem ex testamento, quae talis revera non sit? Praesertim, quod ipsa confirmatio codicillorum solemniter a testatore adhibetur. Quare licet voluntatis manifestatio revera legittime non fiat, satis tamen erit, confirmationem ipsam solemniter quidem peractam, ut fictione iuris solemnis quoque habeatur voluntas in codicillis expressa.

XII. Speciosa quidem sunt haec verborum involucra, quibus facile occurritur ex expressa Theodosii lege. Quisque videt, quam aliena haec sint ab imperatoris consilio, quum solemnia praescripsit in codicillis; non enim de fictitia solemnitate loquitur, sed vera, quaeque ideo intercedat oportet, ut adhibitione quinque testium tutior reddatur voluntatis fides; quod certe haud exspectandum a solemnitate fictitia. Sed ut plenius hoc cognoscatur, praestat rem aliquanto pressius attingere. Palam est, in iure nostro distingui eas caussas, quae fa-

cti sunt, sive factum hominis requirunt ab iis, quae sunt iuris (a): illae quidem in facto consistunt; haec iuris constant intellectu. Hinc consequitur, ut quae caussae ad ius proprie pertinent, fictionem quidem recipere possunt; quum enim intellectu tantum constent; nil magis consentaneum est, quam haberi eo modo, quo mente percipiuntur. Contra quod in facto consistit, fictionem non admittit; naturaliter enim stare nequit, quid fieri, et non fieri eodem tempore. Hinc intelligimus, quemadmodum veteres fictionem iuris admiserint in relictis in codicillis confirmatis, ut nempe ea perinde valerent, ac si scripta essent testamento. Etenim agebatur de iuris caussa, quae intellectu constabat; idcirco fictionem recepit; quum enim ex legis rigore manasset, ut verba *civilia*, sive *directa* in testamenti tantum tabulis admitterentur, placuit prudentibus ad codicillos quoque ea perducere, quantum ad dationem legatorum; atque ne in legem incurrere viderentur, excogitarunt codicillorum confirmationem in testamento, ob quam fingi poterat, quasi datum videri testamento, quod revera scribebatur in codicillis. Quod autem verba civilia adhiberi non valerent, nisi testamento, profecto ad caussam iuris referendum; sive enim quis voluntatem suam exprimat verbis imperativis, sive precativis, facti caussa non mutatur; nam eadem aeque habetur voluntatis significatio; ideoque quum id iuris tantum intellectu constaret, datum est consultis per fictionem efficere, ut in codicillis confirmatis *legari* quidem posset, tamquam si legata scripta essent in ipso testamento.

XIII. Contra vero iuris solemnia facti quidem naturam involvunt; quum nisi revera adhibeatur ritus, qui lege praescribitur, numquam actus solemnis habebitur: ideoque fictionem non admittunt. Scio actus legitimos

(a) Vide Hotomanum, quaestionum illustrium, cap. 38. et 41.

in iuris caussa considerari, quatenus lege constituuntur, ut magis iuris esse videantur, quam facti. Sed distinguimus facti caussas lege statutas a ceteris, prout naturaliter fieri solent. Haec quidem in solo facto consistunt, illae vero *ex iure esse* dicuntur, licet factum complectantur; quod idem est, ac si dicamus, in facto quidem consistere, quod tamen lege cautum est; actus enim legitimi a lege sunt, quatenus lege praescribuntur; attamen eiusmodi sunt naturae, ut facto hominis necessario expleri debeant; itaque *ex iure* esse videntur, licet in facto omnino consistant (a). Hinc intelligimus, quemadmodum codicillorum solemnia nequeant fictionem admittere, quum necessario factum hominis exigant. Quippe certi testium numeri adhibitio factum continet, quod fictioni non subest; naturaliter enim fieri nequit, testes adesse, et non adesse eodem tempore; nec proinde solemnem fingere poteris eam voluntatem, cui revera solemnia non adhibeantur. Remittit quidem lex interdum iuris solemnia in quibusdam peculiaribus caussis, vel personis; at nusquam legitur, considerari fictione iuris, tamquam actum legitimum, qui talis revera non sit; nam nequit illius fictionem permittere; quum contradicentia sint, actum solemnem iubere, illumque talem considerare, vel non servatis iuris solemnibus. Nec refert, testatorem solemniter codicillos in testamento confirmare; non enim *confirmatio*, sed ipsum defuncti iudicium in codicillis expressum solemnia requirit, ut certa eius fides habeatur; atque quoad voluntatis solemnia nihil ei prorsus adiicitur, vel tollitur, si codicilli confirmentur, vel non confirmentur; quum nequeat testator solemnem vel declarare, vel efficere voluntatem suam, nisi iuris solemnia omnino adhibeantur; quippe quae non ex hominis, sed ex legis pendent potestate.

XIV. Ex hactenus expositis nemo non videt, quo

(a) Hotomanus loc. cit. cap. 41.

falsissimo iuris principio laboraverint, qui negarunt solemnem quinque testium numerum in codicillis confirmatis contra expressam Theodosii legem, ut nil manifestius demonstrari valeat. Sed quid fiet, quum cognoverimus eos nec sibimet constare, atque in repugnantia ita irruere, ut unum alterum necessario destruat? Equidem postquam contenderant, codicillos testamento confimatos *solemnes* omnino haberi, fabulosa nempe solemnitatis notione, quam ex testamento repetunt, haud verentur deinde asserere, quod non secus valere poterunt, nisi certa voluntatis fides habeatur legitimis nempe probationibus intercedentibus, quibus constet, testatorem revera ita iussisse; sive schedula illius manu scripta sit ex Bartoli sententia, sive etiam aliena, ut Castrensi placuit: atque, ut Faber inquit (a): *Illud tamen semper adesse oportet, ut scriptura illa sit indubitata; nec haesitandi caussa ulla subsit, quin ea ipsa sit, de qua testator senserit*; et in summa, ut vulgo loquuntur, de *identitate* schedulae omnino constare debet, ut certa sit defuncti voluntas.

XV Sed velim, dicant, qui sane hoc consentiet cum iis, quae prius affirmaverant? Nonne contenderant, codicillos, sive schedulam solemnem omnino considerari ob illius confirmationem in testamento? Atqui si solemnis habetur, quid porro ineptius, quam de eius fide dubitare? Forsitan iuris solemnia in supremis praesertim, iure novo, tum in testamentis, tum in codicillis, non alio spectent, nisi ut voluntatis fidei consulatur. Quid quaeso magis repugnans, quam voluntatem solemnem habere, idemque incertam? Respondent, etsi quantum ad solemnia legibus praescripta, schedula sustentetur testamenti solemnitate, hoc tamen non praestat certam defuncti voluntatem. Risum profecto movent huiusmodi speciosis verborum commentis. Quid aliud obsecro erunt solemnia in supremis, nisi testium praesentia certa for-

(a) De erroribus pragmaticorum decade 69 errore 3.

nia adhibita ? Si ergo codicillos testamento confirmatos *solemnes* appellant, cur una recurrunt ad extraneam eorum probationem ? Erunt itaque solemnes, et non solemnes eodem tempore, solemnes quidem nomine tenus, quatenus commentitia haec solemnitas satis esse videatur ad fraudandam Theodosii constitutionem, non solemnes, quantum ad veram solemnitatis notionem; quum enim revera iis non adsit solemnis testium numerus, vel testamentorum, vel codicillorum, abest idcirco voluntatis fides; quam postea aliunde repetere conantur, ut quodammodo scripturae veritati occurratur. Ita ne liceat in re tam seria iocari ?

XVI. Praeterea quum referunt legem Theodosii ad codicillos dumtaxat testamento non confirmatos; et alioqui confirmatis tribuunt ipsa testamenti solemnia, solemniorem quidem faciunt schedulam testamento confirmatam altera non confirmata; in illa enim considerant testamenti solemnia; in hac vero solemnia codicillorum. Sed quoniam in prima, revera solemnia non adhibentur, nec nisi nomen tantummodo solemnitatis ei adscribitur; fit propterea, ut schedula solemnior, tamquam incertae fidei non admittatur, nisi aliunde constet de illius veritate; schedula vero minus solemnis ipso iure consistit, veluti confecta secundum legis observationem in codicillis praescriptam. Quin in schedula minus solemni habetur tutior voluntatis probatio; nam non secus constabit, nisi quinque testium adhibitione; contra in solemniori duorum tantum testium fides exigitur, quibus *identitas*, ut aiunt, scripturae probetur. At quid absurdius, quam tutiorem voluntatis probationem exquirere in schedula minus solemni, in solemniori contentum esse probatione minus tuta ?

XVII. Haec, et alia similia absurda, in quae incidere necesse est, ubi semel falso iuris principio haereatur, consequentia quidem sunt illius commentitiae solemnitatis, quam temere in medium attulerunt; ut illius colore obducto Theodosianam constitutionem fraudarent. Unum restat, ut qui veram iuris velint doctrinam profiteri,

vel inviti fateantur oportet una, eademque imperatoris lege solemnia aeque data esse cuicumque voluntati praeter testamentum, sive confirmata sit, sive non confirmata testamento; confirmatio enim nihil prorsus commune habet cum iuris solemnibus; tantumque abest, solemnia testamenti transferri posse ad aliam scripturam in eo confirmatam, ut nisi solemnia revera adhibeantur, numquam iure probabitur; Non enim imperator fictitia, sed vera iuris solemnia codicillis praescripsit, ut tutior voluntatis fides haberetur; quae proinde si negligantur, in legem necessario offendes.

§. IV.

Quid iuris inter pragmaticorum dissidia moribus nostris obtinuerit. Atque de testatoribus per relationem, ut aiunt, *ad schedulam.*

I. Vidimus fortasse longius, quam res ferret quicquid ad propositam quaestionem attinebat, de iuris solemnibus in codicillis testamento confirmatis; tum quam extranea, ac futilia sint, quae a Boehmero afferuntur, suisque fautoribus nedum quantum ad argumenta ex iuris locis petita, sed et ad cetera rationum momenta, quae sane manifestissimis laborant erroribus. Praestat modo sermonem convertere ad ea, quae pressius spectant ius in foro receptum, nostrisque moribus comprobatum. Ac quidem non utique versamur in re utili fortasse, vel ad ingenii tantum exercitationem, vel ad excitandam veterem iuris romani doctrinam eruditioni magis opportunam, quam usui quotidiano. Immo tanti est ponderis, ac momenti, quanti rei publicae interest periculosa defunctorum iudicia a fraudibus liberare. Quo certe Theodosius respexit, quum cuiusvis generis codicillis propria constituit solemnia.

II. Pro recepta fori sententia non intelligimus tumultuarias, secumque dissidentes scriptorum opiniones, quas

vulgo metiri solent ex potiori illorum numero, sed quae profectae ex quotidianis tribunalium decretis e re natis, usuque frequentissimo sibi consentientibus, in mores tandem vertantur; quae sane receptae sententiae etsi expressam vim legis non habeant, multum tamen auctoritatis merentur, praesertim quum veterum instituta ad nostros mores converterint. Refert autem Boehmerus (a), apud germanos fere receptum esse, ut codicilli testamento confirmati rati quidem habeantur, etiam non adhibito solemni quinque testium numero, quod tamen Harprechtus (b) repetit ex propriis germanorum moribus. Addit etiam Boehmerus quoddam Strykii responsum, quo in ea facti specie visum est, improbari non debere schedulam testamento confirmatam, cui tamen aderant duorum testium subscriptiones (c).

III. Ac porro in iis Europae regionibus, in quibus, repudiatis iuris communis solemnibus in supremis, tum testamentis, tum codicillis, adducta sunt defunctorum iudicia ad parem probationis caussam cum ceteris actibus inter vivos, cessat hic disputandi locus; quum eamdem aeque non solemnem desiderent probationem, sive testamentorum tabulae sint, sive codicilli, in quibus nihil proinde refert, utrum confirmentur, necne testamento. In Italia vero, ubi potissimum religiosissime servatur iuris comunis observatio, paesertim quoad supremarum tabularum solemnia, nullibi, quod sciam, hactenus recesserunt a theodosiana sanctione, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis testamento. Quin, quantum ex decretorum collectionibus percipere licuit, palam est, celebriores praesertim Italiae senatus sartum tectum omnino servasse ius theodosianum de solemnibus in quibuscumque codicillis a tot scriptorum commentis. Atque utcumque pragmatico-

(a) Cap. 1. sum disput. §. 32.
(b) Vol. 1. cons. 5. n. 63.
(c) Vide Bohemerum loc. cit.

rum licentia non dubitaverit undique Bartolina paradoxa ventilare; numquam tamen eo pervenit, ut falsa eorum consilia in fori sententias reciperentur. Plane quamquam commentitiam illam ubique affectaverint solemnitatis notionem; tanti tamen ea non fuit, ut rei veritatem perverteret. Ecquis enim non videt, tantum valere hanc fictitiam solemnitatem, quantum valet quaevis scriptura, cui desint vera iuris solemnia? Quid manifestius, quam hujusmodi verborum figmentis viam revera fraudibus aperiri? Novum hoc fortasse videri poterit causidicis nostris, quibus nil tam familiare occurrit in pervolvendis suorum decretorum codicibus, quam illud, licere nempe *testari per relationem ad schedulam*: quo principio admisso, tum colligere non dubitant, nulla propria iuris solemnia schedulam exigere. Sed postquam exposuerimus, quaenam sit sincera fori sententia *de testationibus per relationem ad schedulam*, statim cognoscent, quantum differant huiusmodi testationes a schedula testamento confirmata; quippe quae non fabulosis, sed veris constant iuris solemnibus, ut mox apparebit.

IV. Duas testandi formas agnoscimus in iure, alteram per scripturam, alteram per nuncupationem. Per nuncupationem autem proprie testari intelligitur, quum palam voluntas manifestatur, ut testes testatoris exaudiant iudicium (a). At nuncupari etiam testamentum veteribus dicebatur in testationibus per mancipationem, sive per aes, et libram, in quibus adhibita mancipationis formula proferret quidem testator coram testibus testamenti tabulas; quae sane *nuncupari* dicebantur; non quod testibus aperiretur, quicquid tabulis scriptum esset, sed

---

(a) L. 21 qui testamenta facere possunt: *Haeredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere; sed si nuncupat, palam debet.* Vide etiam Iustiniani inst. lib. 2 tit. 10 §. 14.

quia testator palam nuncupabat, voluntatem suam in illis tabulis contineri, testes admonens, ut earum testimonium perhiberent. Hic autem testandi modus, utcumque voluntas scriptis traderetur, ad nuncupationem magis referebatur, quam ad testationem per scripturam; propterea quod intercederet *solemnis testamenti nuncupatio*, qua testator palam declarabat, valere velle voluntatem suam, quae tabulis continebatur; et alioqui deerant testium signa, ac subscriptiones iure praetorio constitutae in testationibus per scripturam. Prostat sane luculentissimus Ulpiani locus, quo res omnis exponitur: *In testamento*, inquit (a), *quod per aes, et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio, et NUNCUPATIO TESTAMENTI. NUNCUPATUR TESTAMENTUM in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Haec uti in his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote: quae NUNCUPATIO, ET TESTATIO vocatur* (b).

V. Haec autem *testamenti nuncupatio* stetit apud romanos, quoad perduravit testandi modus per mancipationem ex iure civili. At postquam usus mancipationis vel in testamentorum confectione in desuetudinem prorsus abierit una cum testamento per aes, et libram, exolevit quoque ea *testamenti nuncupatio*, de qua loquitur Ulpianus; atque ubi imperatores, Justinianus praesertim novam quodammodo dederint formam testamentis, factum est summum illud discrimen inter testationem scriptam, ac nuncupatam, quod hodie habemus ex Iustinianea iuris collectione; nimirum ut testamenti scripti nomine veniat voluntas quidem litteris consignata, cui tamen adiiciantur testium signa, ac subscriptiones; contra *testari per nuncupationem* proprie appelletur, quum

---

(a) Tit. 20 de testamentis §. 9.
(b) Vide Schultingium ad cit. Ulpiani locum.

testator voluntatem suam coram testibus aperiat; ita ut a testibus exaudiatur omne testatoris iudicium.

VI. Nolim, quis mihi fortasse irascatur, vel quod a proposito diverterim, vel quod in rei forensis investigatione initium duxerim a veterum institutis, quasi alienissima haec habeantur a nostris moribus; sed spero facile veniam daturum, quum viderit, quo ea spectabunt; quin vel ex hoc uno loco intelliget, quantum utilitatis afferat ubique indolem perscrutari romani iuris. Cuique notum, moribus quidem communiter fere receptum, ut praeter testamentum per scripturam, ac per nuncupationem proprie dictam, qualem in libris iuris deprehendimus, tertia quaedam invaluerit testandi forma ex utroque veluti composita; quam sane vocant testationem *per relationem ad schedulam*. Hæc autem habetur, quum testator conscribat quidem suam voluntatem; tum tabulas, sive schedulam ostendens coram solemni testium numero, palam nuncupet, se ita testari, ut in schedula scriptum sit, quam demum tabulario tradit servandam. Profecto nequit haec testatio censeri facta per *scripturam*, quum absint subscriptiones, signaque testium, nec pro *voluntate nuncupata* pressius accepta; quum non manifestetur testibus, quod iusserit testator; nam scriptura tantum nuncupatur: itaque *mixtam* appellant; quatenus et scriptura constat, et nuncupatione.

VII. Verum quamquam huius testationis nullum fortasse appareat vestigium in iustinianea iuris collectione; perspicuum tamen est, eam novam non esse, nec iuri romano ignotam. Duae res, ut discimus ex Ulpiano (a) agebantur in testamenti per aes, et libram familiae mancipatio, et *testamenti nuncupatio solemnis*: prima quidem penitus recessit una cum ceteris superstitiosis romanorum formulis; altera etsi in consequentiam tum quoque cessaverit ex antiquato testandi modo per aes, et libram; nihil tamen obstabat, quin dissociata a man-

---

(a) Loco cit. de testamentis tit. 20 §. 9.

cipationis formula in nostros mores induceretur civium utilitate, usuque poscente. Itaque quod hodie vulgo dicitur testari *per relationem ad schedulam*, veteres nominabant: *testamenti nuncupatio*, sive *testatio*; et quemadmodum tum testator coram solemni testium numero tabulas tenens, palam nuncupabat, ita se testari, ut in tabulis, cerisve scriptum esset: ita et hodie fit, quum schedula, sive scriptura coram solemni testium numero ostenditur, itemque palam nuncupatur, in ea quidem contineri supremum voluntatis suae iudicium. Atque ubi ab Ulpiano hoc dictum est *testamenti nuncupatio*; propterea quod non voluntas, sed scriptura tantum nuncupatur, qua ea contineretur; ita et hodie, licet non servata sermonis proprietate, appellatur *testamentum nuncupativum nuncupatione IMPLICITA per relationem ad schedulam*, usurpatis nempe arabum loquutionibus, quorum linguam potissimum schola forensis adoptavit. Quo sane nomine millies hanc testationem descriptam comperies in codicibus decretorum sacrae Rotae romanae (a); adeo ut quisque viderit praeter varium loquutionis usum nil prorsus distare antiquam *testamenti nuncupationem* ab hodierna testatione *nuncupationis implicitae per relationem ad schedulam*.

VIII. Nunc tandem tamquam e diverticulo in viam redeamus, quando rectius cognoscere poterimus, quid moribus nostris servetur in proposita quaestione. Vulgus scriptorum confundit (ut moris est potissimum apud forensium opinionum collectores) *schedulam testamento confirmatam* cum *schedula solemniter nuncupata*; atque ubi primae schedulae natura tantum distinguitur ab altera, quantum distat voluntas non solemnis a solemni, pragmatici temere uno fere, eodemque aspectu utram-

(a) Vide Rot. in senogallien., seu eugubina immissionis prius coram eminentissimo Millino 27 aprilis 1731, deinde coram Peralta 2 maii 1735, in quibus et alia simili a loca plenius allegantur.

que complectuntur; atque pro *testari per relationem ad schedulam*, nedum intelligunt solemnem scripturae nuncupationem, ut diximus, sed schedulam non solemnem, testamento tamen confirmatam; quasi testator quum codicillos confirmet testamento, etiam se referri ad schedulam videatur. Non vetantur quidem sub iisdem loquutionibus involvere utriusque schedulae demonstrationem: dicant porro, ut malint, testatorem nempe se referri ad schedulam, non modo quum eam nuncupet, sive palam testetur, *se valere velle*, *quicquid in schedula scriptum est*: sed quum testamento eam confirmaverit; puta si in illo caverit: *se valere velle*, *quicquid in schedulis scriptum reliquerit*; vix enim refert, si male loquantur. At numquam concesserim, longe diversas rerum notiones uno verborum involucro ita confundi, ut utraque comprehendatur sub una iuris regula; hoc enim iuri, et rationi prorsus repugnat. Etenim aliud revera est, schedulam ipsam palam nuncupari, aliud, eam testamento confirmari; quemadmodum veteres longe distinxere *codicillos testamento confirmatos* ab illa *testamenti nuncupatione*, quam adhibebant in testamentis per aes, et libram; primo enim casu testator proprie non se refert ad schedulam, sed eam eatenus confirmat, ut ex testamenti scriptura perspicue appareat, codicillos, quos relinquat, ratos se habere velle. Quantum ergo distat codicillus confirmatus a *testamenti nuncupatione*, tantum discriminatur schedula testamento confirmata ab altera, quam testator tenens palam nuncupaverit coram solemni testium numero; primo enim casu testator inquit: *quos codicillos*, *sive schedulas scripsero*, *vel reliquero valere volo*, posteriori vero: *Haec uti in his tabulis*, *cerisve scripta sunt*, *ita lego*, *ita testor*; *itaque vos Quirites testimonium perhibetote*. Scio, Bartolo quidem promiscue tribui eamdem doctrinam de utraque schedula, sed perperam hoc etiam faciunt; quum revera Bartolus de una tantum loquutus sit, de schedula nempe testamento confirmata, in qua tamen com-

mentitiam illam agnovit solemnitatis notionem, ut latius vidimus.

IX. Perspecta diversa utriusque schedulae natura, videamus modo, quid de utraque in foro obtinuerit. Sacra Rota romana, quantum percipere licet ex suarum sententiarum collectionibus hactenus editis, pluries quidem probavit schedulam *solemniter nuncupatam*; at nusquam admisit schedulam re ipsa non solemnem, propterea quod testamento esset confirmata. Hoc idem comperimus ex collectione decretorum senatus neapolitani; nec in ceteris Italorum regionibus aliud, quod sciam, servatum animadverti; adeo ut constantissima quidem fori sententia sit, ut iure consistat voluntas in schedula expressa, quam tamen testator solemniter nuncupaverit: atque utcumque scriptorum insolentia numquam cessaverit sub una iuris regula comprehendere etiam schedulam testamento tantum confirmatam, nullibi tamen perniciosissimum hoc iuris commentum admissum, vel usu comprobatum reperies. Quod ut manifestius appareat, non gravabimur brevi hic complecti potissimas facti species de huiusmodi schedulis hactenus proditas, ex quibus profecto intelligi valeat, in Italia praesertim, ubi in scripturis supremarum voluntatum, sive testamenta sint, sive codicilli, solemnia iure communi constituta constantissime retenta sunt, numquam recessum a Theodosiana constitutione de solemni quinque testium numero, tum in codicillis non confirmatis, tum confirmatis testamento.

X. De schedulis solemniter nuncupatis, idest coram solemni testium numero, sex praecipua prostant sacrae Rotae romanae responsa, quibus haec probari videntur (a). Longum, ac pene inutile esset peculiares cuiusque spe-

(a) Nimirum dec. 581 part. 4 recent. dec. 2151 coram Coccino, dec. 180 coram Duran. Senogallien., seu Eugubina immissionis coram eminentissimo Millino 27 aprilis 1731 et coram Peralta 2 maii 1735, decis. 315 coram Priolo, et demum decis. 1032 coram Emerix.

cies referre, et alioqui rectius fiet, si ex earum sententiis una exprimatur iuris norma moribus nostris accommodata. Duo sacra Rota romana constantissime omnino desideravit in huiusmodi schedulis, ut iure admitti valerent suprema testatorum iudicia in illis expressa: primum est, ut testator schedulam ostendat, eamque nuncupet coram solemni testium numero, septem nempe testibus, quum agatur de nuncupatione, quae spectet testamenti caussam, vel quinque, si codicillorum; atque huic testium numero adiicit quoque praesentiam tabularii, cui schedula servanda tradatur: alterum est, quod schedula deinde cognoscatur a testibus in nuncupatione adhibitis; ita ut dubitari nequeat, quin eadem illa sit, quam testator nuncuparit; sive, ut vulgo loquuntur, ut constet de schedulae *identitate*. Quod primum spectat, ex facti narratione manifestissime apparet, non secus sacram Rotam adprobasse relicta in schedulis, nisi scriptura solemniter nuncupata fuerit, ut legenti patet (a). Unum hic animadverterim, tabularii personam, quae hodie adhibetur praeter solemnem testium numerum, quodammodo imitari veterem ritum servatum quoque in testamenti nuncupationibus, utpote quae praeter testium praesentiam peragebantur coram magistratu (b); nam quantum ad actus solemnitatem tabularius quidem, veluti persona publica magistratus exprimit ministerium.

XI. Quod autem spectat alteram conditionem, ut schedula nempe eadem esse probetur, quam testator nuncupaverit, recte quidem sacra Rota regulam praescribit, ut non secus consistat, nisi ea cognoscatur ab ipsismet testibus, qui nuncupationi aderant. Nec alio spectavit vetus formula: *itaque vos quirites testimonium perhibetote*, nisi ut tabularum comprobatio ab iis fieret, quibus testator eas ostenderet. Quod ut recte percipiatur,

---

(a) Vide Rot. decis. in locis iam allegatis.
(b) Caius inst. lib. 1. tit. 6. §. 3.

praestat hic perpendere duas peculiares facti species a sacra Rota relatas, quibus rem plenius habebimus. Prima est (a): scripserat quis manu sua testamentum in quadam schedula, cui, etsi subscriptio deesset, adiecerat signum familiae. Tum arcessitis tabulario, ac septem testibus, testamenti tabulas tenens palam nuncupaverat, ratum se habere velle post mortem suam, quicquid in illis scriptum esset; quod postquam fecisset, tabulario eas tradidit servandas. Defuncto testatore, tabularius quidem tabulas resignavit sine iudicis auctoritate, ac coram aliis testibus, quam iis, qui nuncupationi intercesserant. Quaerebatur, an valeret huiusmodi testamenti scriptura solemniter nuncupata? Quicquid in prima caussae cognitione visum esset, re deinde melius perpensa respondit, eam omnino non valere. Movebat, non quod tabulae solemniter non essent nuncupatae, quum adfuerit una cum tabularii praesentia solemnis testium numerus; sed quod non constaret, easdem illas esse, quas testator nuncupasset, seu de scripturae *identitate*, quum cognitae non dicebantur a testibus nuncupationi adhibitis. Licet ergo in qualibet scripturae plagula adesset tabularii subscriptio, solam tamen eius non esse fidem sequendam. Nec ad rem pertineret, quod testator dixerat, ut tabulae resignari possent a tabulario, nullis solemnibus adhibitis; nam certi iuris est, haec non pendere ex testatoris arbitrio; et alioqui in huiusmodi tabularum nuncupationibus rite fieri debet earum cognitio, ut fraudibus omnino occurratur. Itaque satis non videbatur in hac specie sola tabularii fides, quam comitari quoque debuerat et illa testium, qui nuncupationi aderant, vel aliae facti circumstantiae, quibus omnino certum sit de schedulae *identitate* (b).

(a) Vide decis. 300 coram Priolo, et 315 coram eodem qua prior revocatur.

(b) Cit. decis. 315 coram Priolo, quae ita loquiturn. 2

XII. Altera est: Quidam (a) coram tabulario, ac solemni testium numero tabulas obsignatas nuncupave-

---

» Ex facto autem hodie recensito constat, totam hanc
» machinam consistere in sola fide notarii, quia folia in-
» tus, et extra eius manu fuerunt conscripta, nulla
» adest testatricis, vel testium subscripto, sigillum conti-
» nebat stegma domus Rasponae, et proinde ob multi-
» plicitatem familiarum eodem cognomine, et sigillo
» utentium, poterat facili negotio adulterari; ac aperitio
» testamenti fuit facta CORAM TESTIBUS DIVERSIS
» AB IIS, QUI INTERFUERUNT TESTAMENTO, et
» absque interventu iudicis, et recognitione sigillaturae.
» Quod etsi notario licuisset, stante praesertim faculta-
» te sibi per testatricem attributa, omnia tamen simul
» iuncta demonstrant, quod nulla concurrit circumstan-
» tia impediens arbitrariam suppositionem foliorum, quae
» poterat notarius ad libitum immutare, aliamque sibi
» bene visam dispositionem supponere, et propterea ces-
» sat requisita probatio certae, et indubitatae identitatis;
» hinc non adversantur, sed bene conciliantur auctori-
» tates allegatae ad inducendam identitatem schedulae,
» quando sigillata traditur notario coram testibus; si-
» quidem omnes continent aliquam circumstantiam,
» quae valde coadiuvat fidem notarii, et tollit facilem,
» et arbitrariam schedulae, seu foliorum suppositionem
» utpote si schedula fuisset scripta, vel subscripta a te-
» statore, in quibus terminis procedunt, vel si in sche-
» dula, vel in dorso unici folii testes se subscripsissent,
» cuiusmodi est casus decisionis 236 n. 5 et seq. part. 5
» recent. repetita coram Duran. decis. 180 ubi ulterius
» folia erant obsignata anulo testatricis; et decis. 5. §.
» nec obstat, et seq. apud Fenzon. ad Stat. Urbis, ubi
» testator, et testes se subscripserant; vel denique si
» alias non posset schedula per notarium facile, et ad
» libitum mutari, cum quo supposito pertransit idem-
» met Decianus cons. 74. n. 23 in fine, et n. 24 vol. 5.

(a) Vide decis. 1032 et 1065 coram Emerix.

rat, aiens, ita testari, uti in illis scriptum esset. Resignatis tabulis compertum est, nihil eas continere, praeter certi loci demonstrationem, quo significabatur, depositam esse scripturam, qua comprehenderetur suae voluntatis iudicium. Atque ubi eam quaesiissent, reperta est eo loco, quo testator in schedula nuncupata demonstraverat. Dubitabatur, quo iure constare posset huiusmodi voluntas? Respondit, nil prohiberi, quin scriptura reperta staret loco ipsius schedulae solemniter nuncupatae; quum alioqui nulla obstaret falsitatis suspicio. At enim qui fiet, ut heredis institutio constare valeat ex voluntate, nec solemniter scripta, nec solemniter nuncupata, quum nuncupatio tantum caderet in scripturam, quae eam revera non contineret? Porro in hac specie perinde fortasse videri poterat, ac si haec quoque nuncupata esset: *Paria enim sunt*, ut inquit (a), *quod testator exhibuerit coram testibus schedulam, in qua sibi heredem instituit, vel quod designaverit locum, in quo reperitur schedula continens eamdem heredis institutionem, quotiescumque dubitari non potest de identitate schedulae; quum in utroque casu adsit substantia nuncupationis heredis saltem implicite, quae requiritur ad effectum substinendi testamentum nuncupativum.* Ut ut autem sit huius argumentationis momentum, solidior visa est ratio petita ex facto heredis. Etenim quum is hereditatis aditione semel agnovisset iudicium defuncti, nequibat amplius illud impugnare (b).

(a) Cit. decis. 1032 coram Emerix.

(b) Ita loquitur decis. 1065 coram Emerix, qua prima confirmatur: » nam prima oppositio invaliditatis te-
» stamenti Horatii, ex quo folia, in quibus scriptum
» fuit ultimum eius testamentum, non fuerunt consi-
» gnata notario in praesentia testium, non habet sub-
» sistentiam. . . . et nullo pacto est allegabilis per Ni-
» colaum, qui est heres unius ex heredibus, qui vigo-
» re eiusdem testamenti illius hereditatem adierunt.

XIII. Haec hactenus exposita satis (ni fallor) hoc loco videri poterunt , ut ostenderetur limpida fori sententia, moribusque recepta de solemni *testamentorum nuncupatione* , sive de solemnibus testationibus *per relationem ad schedam.* Vidimus quidem quo iure manaverint , ac quemadmodum ex veterum institutis acceperimus , quae moribus nostris convenirent. Tum didicimus ex tot , sibique consentaneis s. Rotae romanae decretis , qua iuris norma regantur ; nimirum ut solemniter schedulae omnino nuncupentur , nedum coram legitimo testium numero , sed et tabularii praesentia ; ac demum , ut scriptura cognoscatur ab iisdem testibus, qui nuncupationi adfuerint, ut ita eadem esse probetur, quam testator palam ostendisset ad tollendas fraudes , quibus potissimum obnoxia sunt suprema hominum iudicia ; ita ut si tabulae resignentur coram aliis testibus, quam adhibitis solemni nuncupationi , iure non constabunt , quum cognitae non habeantur , sive desit probatio *identitatis* scripturae (a) ; naturaliter enim fieri nequit , ut *identitatis* testimonium perhibeatur ab iis testibus , qui nuncupationi non intercesserint , ne aliter repugnantia una simul admittamus. Longius fortasse haec dicta sunt , quam res patiebatur ; sed tribuas velim perturbatis scriptorum opinionibus , quibus neutiquam plenius occurri poterat , nisi rem omnem investigaverimus.

XIV. Restat , ut videamus tandem quid iuris umquam obtinuerit de schedulis testamento confirmatis , quod proprie quaestionem nostram attingit , ad quam non recte accedere videbamur , nisi prius perspectam haberemus fori sententiam de schedulis solemniter nuncupatis, cum quibus rabularum schola saepe confundit schedulas testamento confirmatas. Nusquam hactenus (quantum perscrutari licuit ex forensi iurisprudentia) vidimus huiusmodi schedulas usu probatas , tum in foro s. Rotae romanae , tum ceterorum senatuum , Italiae praesertim ,

(a) Cit. decis. 315 coram Priolo n. 2.

quibus obtinet ius codicis Iustinianei de iuris solemnibus in re testamentaria. Ratio ex eo pendet, quod quum in quavis suprema voluntate praeter testamentum, sive scripta, sive nuncupata exegerit Theodosius solemnem quinque testium praesentiam, quicquid placuerit scholae Bartolinae, ut commentis suis porrigerentur ipsa testamenti solemnia ad schedulas in eo confirmatas; quum tamen haec revera tutiorem non facerent schedularum fidem, nec aliud reipsa efferrent, nisi nudum solemnitatis nomen, absonum profecto visum est declinari ab expressa imperatoris lege, ut falsariorum fraudibus subiicerent suprema defunctorum iudicia. Qui locus enim fraudibus non aperietur, si in codicillorum tabulis recedatur a solemni testium praesentia? Forsitan solemnia testamenti, quo confirmantur, satis haberi poterunt, ut certam reddant defuncti voluntatem?

XV. Inter innumera sacrae Rotae romanae decreta tum vetustiora, tum quotidiana, unica, ni fallor, species apparet, in qua sermo habetur de quadam schedula testamento confirmata. In collectionibus autem decretorum senatus neapolitani altera prostat a Capicio Latro relata, quas brevi expediemus. Prima ita se habet (a). Testatrix testamento scripserat: quicquid codicillis, sive, ut nominat, *memorialibus*, reliquisset suo nomine subscriptis, certoque loco conditis, ratum se esse velle post mortem suam, tamquam si scriptum esset in ipso testamento. Defuncta testatrice, repertae sunt duae schedulae, quarum altera legabatur certa pecuniae quantitas cuidam puellae, quum religiosam vitae conditionem iniisset. Heres legatum ultro agnovit, obtulitque illius praestationem: legataria tamen quum diceret, testatricem novissimas quidem scripsisse tabulas, quibus vel totam, vel partem hereditatis ei reliquerat, egit idcirco adversus heredem interdicto de huiusmodi tabulis exhibendis. Heres negabat, nec alias tabulas reperiisse fatebatur prae-

---

(a) Rota decis. 663. par. 4. recent. tom. 1.

ter illas, quas iam exhibuerat una cum schedulis, quarum mentio in testamento haberetur. Facti erat quaestio, non iuris: nimirum, an ex iis quae in facto afferebantur, locus esset interdicto de secundis tabulis exhibendis, quas heres fortasse occultaverat? Re perspecta, secundum ea, quae proponerentur, sacra Rota respondit, locum non esse interdicto, quum non constaret, alias revera extare tabulas praeter testamentum, quod iam exibuerat una cum duabus schedulis, unam quidem, quam heres tabulario tradiderat ex testatricis voluntate, altera, qua legatum continebatur in actricis beneficium. Itaque pronuntiavit, legatariam contentam esse debere legati in schedula relicti, cuius praestationem heres principio obtulerat.

XV. Ex genuina hac controversiae narratione palam est, facti quaestionem omnino fuisse, non iuris: legatum autem relictum in schedula non solemni, testamento tamen confirmata, heres quidem praestitit, non quod sacra Rota schedulam adprobasset, quum id nunquam venerat in quaestionem; sed quod ipsemet heres ratum habuit defunctae iudicium in schedula expressum. Lex porro etsi solemnia praescribat in supremis voluntatibus, nullibi tamen heredi vetatur, quin vel non solemnem defuncti sequatur iudicium. Opportune, inquit Ulpianus (a), *quamquam ex irritis codicillis libertates non debeantur; attamen SI HERES HOS CODICILLOS RATOS HABUIT, et ex his quaedam praestitit, et servos praestandae fideicommissae libertatis gratia, in libertate morari voluit, ad iustam libertatem eos pervenisse rescripto imperatoris nostri, et divi patris eius declaretur.* Itaque id tantum sacra Rota definivit, quod in disputationem venerat; attamen quum heres ratos habuisset codicillos, licet iure non probatos, factum est, ut in hac specie servatum sit quidem defunctae iudicium vel non solemniter declaratum.

(a) L. 30. §. 17. de fidecommissariis libertatibus.

XVI. Altera species ita proponitur(a). Testator testamento ita caverat : *lascio Tarquinia mia moglie donna , e padrona di tutti i miei beni* ; et adiecit : *e succedendo morte di esso testatore , che la sua intenzione stia in arbitrio della detta Tarquinia , e della scrittura lascerà esso testatore di sua propria manò , quale resterà in potere della detta Tarquinia , ed a quella , ed alla detta Tarquinia si abbia relazione.* His testamenti verbis duo simul testator iussisse videtur, unum quod mentis suae sententiam in uxoris conferret arbitrium , alterum quod codicillos esset relicturus , quos uxori quoque tradidisset. Successor ab intestato litem instituit adversus testatoris uxorem , contendens , testamentum iure non constare , tum quod in eo desset expressa heredis institutio , tum quod voluntas captatoria videretur , tamquam collata in arbitrium uxoris. Haec contra quum exhibuisset nedum testamenti tabulas , sed schedulam non solemnem, quam tamen testator testamento confirmarat , petiit hereditatem ex testamento. Quaerebatur quid iuris esset ? Senatus neapolitanus pronunciavit , sequendum omnino esse testatoris iudicium , tum in testamento , tum in codicillis confirmatis expressum. Constare quidem ait testamentum ; nam quamvis in eo non videretur facta expressa heredis institutio ; inerat haec tamen in illa enunciatione ; *lascio Tarquinia mia moglie* donna , e padrona *di tutti i miei beni* ; nec huiusmodi voluntas captatoria dici potuerit , quum ex schedulae exhibitione appareret , testatorem quaedam legata in illa scripsisse , quorum praestationem haud contulerat in uxoris arbitrium ; ac propterea reiecta petitione successoris legitimi decrevit , locum esse successioni ex testamento. Sed quo iure valeret voluntas declarata in codicillis non solemnibus , confirmatis tamen testamento ? Respondet Capicius Latro (b) : *sacrum consilium habuit pro ve-*

(a) Capicius Latro decis. 5.
(b) Loco cit. in fine.

ra dicta sciptura exhibita per Turquiniam, non tantum ex illa probatione habere notam manum, quantum ex ipso tenore scripturae, in qua aderant nonnulla legata pia, immo legatum ad beneficium eiusdem Tiberii de Vincentiis eius nepotis (qui egerat contra testamenti tabulas); *et quod plus erat, approbata, et confessata per eamdem heredem, de cuius interesse principaliter tractabatur.* Respuerat quidem veniens ab intestato legatum sibi in schedula relictum, instans, successionem ei debere ab intestato deferri; quin schedulam improbabat, tamquam non solemnem, ut tabulae ita omnino rumperentur. Heres contra legatum obtulit, ratosque se aiebat habere velle codicillos, licet non solemnes. Senatus scite censuit, relicta in schedula valere, tum quod contineretur favor caussae piae, tum quod heres ratam eam voluntatem habere velle declaraverat. Etenim, ut ex Ulpiano discimus (a), nullo iure prohibetur, quin ab herede impleatur defuncti voluntas in irritis codicillis relicta.

XVII. Haec inquam habentur de scedulis revera non solemnibus, ac testamento confirmatis in universa quotidianarum quaestionum collectione, quibus ius receptum exprimitur. Hinc quisque viderit, quanta religione, moribus nostris praesertim, in foro servetur ius theodosianum de solemni quinque testium numero in quibuscumque codicillis, tum non confirmatis, tum confirmatis testamento, ut ita in supremis defunctorum iudiciis fraudibus occurratur. Duas quidem diversas schedularum formas ex fori disputatione animadvertimus; unas solemniter a testatore nuncupatas coram legittimo testium numero, ac tabularii praesentia; alteras omnino non solemnes, licet testamento confirmatas. Primas usus merito comprobavit, quum adsit solemnis nuncupatio, quaeque respondet veteri solemni *testamenti nuncupationi* in testationibus per aes, et libram. Alteras nusquam

---

(a) Cit. l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

hactenus probatas deprehendimus, nisi in duabus illis speciebus (a), in quibus heredes eas ratas habere voluerunt: nullo enim iure prohibetur heredibus defuncti sequi iudicium vel in irritis codicillis, ut ex Ulpiano monuimus (b). Quod ergo spectat receptam fori sententiam in Italia praesertim, qua ius theodosianum obtinet de codicillorum solemnibus, palam est, non secus huiusmodi schedulas admissas, nisi vel solemnis quinque testium numerus adhibeatur, uti imperator statuit in quavis suprema voluntate excepto testamento: vel agatur de scriptura solemniter nuncupata; quo nomine venit vulgata illa fori regula, *ut liceat testari per relationem ad schedulam*, ut iam demonstravimus.

XVIII. At inquies, quid vetat, cur idem iuris principium perduci nequeat ad schedulas testamento confirmatas, eo saltem casu, quo constat de scripturae *identitate*? Iam vidimus, hoc repugnare expresso iuri a Theodosio praescripto; tantum enim valet repetere schedulae solemnia a testamento, quo confirmantur, quantum eas omnino non solemnes admittere, quum revera desit tutior voluntatis fides, quae certe sine vera testium adhibitione haberi nequit. Sed quid obstat, cur haec tutior fides voluntatis non habeatur, si vera constiterit de scripturae identitate? Quae tutior desiderari umquam poterit voluntatis probatio, quam illa *identitatis* scripturae, qua defuncti iudicium continetur?

XIX. Vel non intelligunt, quid dicant, vel iterum verborum ambagibus delectantur. Aio, in schedulis testamento confirmatis, quibus tamen absit solemnis testium adhibitio, nec umquam haberi potest probatio *identitatis scripturae*, ita ut prorsus delirent, qui hoc probationis genus exspectaverint; naturaliter enim fieri ne-

(a) In cit. nempe dec. sac. romanae Rotae 663. part. 4. recent. tom. 1. et in altera a Capicio Latro relata senatus Neapolitani decis. 5.

(b) Cit. l. 30. §. 17. de fideicommissariis libertatibus.

quit, ut testes, qui revera non adfuerint, testari valeant *scripturae identitatem*. Notio *identitatis* eo revera pertinet, ut quum quis animum advertens ad aliquam rem, quam alias percepit, utrasque invicem mente sua conferens, recordetur, sive conscius sibi videatur, eam ipsam esse, quam alias se vidisse deprehendit, tum affirmat, quod *eadem* illa sit, sive diversam eam non esse ab illa, quam alias perceperit. *Idem* porro a *diverso* opponitur, quatenus ipsa re invicem comparata, ubi mens advertat eamdem prorsus notionem ubiquè offerre, *eamdem* esse dixerit; sin distinctam, *diversam* quidem affirmaverit (a). Ergo in schedula solemniter nuncupata fa-

(a) Acute haec vidit Lockius, quum distinguit notionem *identitatis* ab eo, quod *diversum* appellamus. Ita loquitur lib. 2. Essai philosophique concernant l'entendement humain chap. 27 §. 1 » Une autre occasion que » nous avons souvent de faire des comparaisons, c'est » l'existence meme des choses, lorsque venant a con- » sideret une chose, comme existant dans un tel temps, » et dans un tel lieu determinè nous la comparons avec » elle-meme existant dans un autre temps; et par là nous » formons les idèes d'*identitè* et de *diversitè*. . . Et c'est » en cela que consiste l'*identitè*, je veux dire en ce que » les idèes, auxquelles on l'attribue, ne sont en rien » differentes de ce qu'elles etaient dans le moment que » nous considerons leur premiere existence, et a quoi » nous comparons leur existence presente. Car ne trou- » vant iamais, et ne pouvant meme concevoir qu'il soit » possible que deux choses de la meme espèce existent » en meme temps dans le meme lieu, nous avons droit » de conclure, que tout ce qui existe en quelque part » dans un certain temps, en exclut toute autre chose » de la meme espece, et existe là tout seul. Lors donc » que nous demandons, si *une chose est la même, ou* » *non*, cela se rapporte toujours à une chose, qui dans » un tel temps existait dans une telle place, et qui dans

cile intelligimus, quemadmodum haberi valeat probatio *identitatis scripturae*, nam ubi testator eam testibus commonstraverit in solemni illius nuncupatione, recte quidem poterit cognosci ab ipsismet testibus, qui nuncupationi aderant. Etenim qui alias eam notarunt, conscii sibi esse poterunt, an *eadem* illa sit, an *diversa*; ideoque iure admittuntur ad *identitatis* probationem. At qui fiet, ut per testes, qui schedulam prius non viderint, testimonium perhibeatur *identitatis scripturae*, si naturaliter fieri nequit, ut conscius quisque sibi videatur eius rei, quam alias non deprehendit? Quid porro exspectabis probationem *identitatis* ab iis testibus, qui revera abfuerunt, quum schedulam testator conscripserit? Quo pacto inquam *eamdem* illam esse dixerint, si non prius iis offeratur, quam post mortem testatoris? Itaque quum recurrunt ad voluntatis probationem, vel sibi blandiuntur, vel falso interpretantur *identitatis notionem* in schedula testamento confirmata; quae sane non aliter fingi potest, nisi testes revera adfuerint vel illius scriptioni, vel nuncupationi, nisi mentiri velint.

XX. Dicet quis fortasse, quum testator testamento caverit, *se valere velle*, *quod codicillis*, *aut schedulis relinquat*, et deinde schedula reperiatur manu testatoris vel scripta, vel subscripta, tum ubi litteratum comparatione manus testatoris a testibus cognoscatur, si non scripturae, saltem *voluntatis identitas* quodammodo probari videatur; constat enim, testatorem schedulam scripsisse, et alioqui ex confirmatione illius in testamento facta colligi poterit, non aliam esse testatoris voluntatem in schedula expressam, nisi eam, quam testamento indicaverat; ideoque satis erit, si habebitur *voluntatis identitas*.

XXI. Iterum in re seria verbis iocantur. Primo quidem nulla magis incerta est scripturae probatio, quam

---

» cet instant était certainement la même avec elle-mê» me, et non avec une autre etc. »

ea, quae fiat litterarum comparatione, ut statuit Iustinianus (a); adeo ut in supremis non videam, cur admitti valeat huiusmodi probatio, quum non alia de caussa in illis solemnia ius constituerit, nisi ut ita differet probatio voluntatis in supremis, ac in ceteris actibus inter vivos; frustraque in defunctorum iudiciis adducuntur ii probationum modi, qui expresso iure respuuntur. Sed etiamsi ex litterarum comparatione, aliisque argumentis liceret defunctorum voluntates probari, quo sane nil in iure absurdius, num idcirco habebitur voluntatis *identitas*? Nonne alia esse poterit testatoris voluntas in schedula expressa ab illa, quam revera testamento confirmare intellexit? *Identitas* quidem voluntatis in hac specie consequitur ex ipsa *identitate* scripturae, in qua ea continetur; ubi enim certi erimus, eamdem revera esse scripturam, quam testator testamento indicaverit, tum quoque dixerimus *eamdem voluntatem haberi.* Hoc ergo pendet omnino ex ipsamet scripturae *identitate*, qua voluntas comprehenditur; ideoque idem est quaerere de *identitate voluntatis*, ac de *identitate scripturae*, quum una alteram necessario consequatur; atque ubi hanc habere nequeas in schedula non solemni, licet testamento confirmata, nec illam habebis.

XXII. Sed liceat tandem, quae hactenus late exposita sunt in proposita disputatione hoc loco una colligere. Ius theodosianum de solemni quinque testium numero in quavis suprema voluntate praeter testamentum nequit accomodari ad codicillos tantum non confirmatos, non item confirmatos testamento, nisi in legem manifestissime offenderis. Legum anctoritates, quae in contrarium proferuntur ex pandectarum libris, nedum perduci nequeunt ad novum ius codicillorum ab imperatoribus praescriptum, sed prorsus alienae sunt a disputationis proposito; illic enim agitur, quemadmodum relictorum caussa valere dicatur, an ex testamento, an ex codicillis; hic

(a) L. 20 C. de fide instrumentorum.

vero de solemnibus iure novo constitutis. Rationes, quas offerunt, falsissimis quidem haerent principiis: Si schedulam testamento confirmatam solemnem dicant, quod solemnia ex testamento accipiat, turpiter decipiuntur, quum solemnia etsi *ex iure* habeantur, *in facto* tamen consistunt; nec aliter actus solemnis dicetur, nisi revera adhibeatur ritus a lege praescriptus, quum quae in facto consistant, fictionem non recipiant. Haec quantum ad sinceram iuris theodosiani expositionem. Quum autem ad ius receptum descenderis, quicquid alibi servetur, certum est in Italia praesertim nusquam hactenus recessum a Theodosii constitutione, tum in codicillis non confirmatis tum confirmatis testamento, quum revera uterque codicillus aeque egeat iisdem solemnibus ad tutiorem voluntatis probationem. Quod autem moribus obtinet de schedula solemniter nuncupata, nullo pacto perduxeris ad schedulam revera non solemnem, licet testamento confirmatam. Longe quidem distat prima ab altera; nam in illa revera adsunt iuris solemnia, in hac vero agitur de fictitia solemnitate, nimirum verbo tenus, quantum tabulis occasio offeratur legem frandandi sub nominum involucris. Quicquid demum congerunt de *identitate scripturae*, ac voluntatis, ex dialectices regulis, quibus accepimus, quidnam *idem* dicatur, quidve *diversum*, apertissime apparet, in quem errorem inciderint, qui unam *identitatis* rationem considerarunt, tum in schedula solemniter nuncupata, tum testamento confirmata, scriptaque sine testium praesentia; ubi enim non adhibeatur testium praesentia iu schedula, sive quum scribitur, sive quum nuncupatur, numquam fiet, ut constare valeat, vel de scripturae, vel de voluntatis *identitate*, nisi rerum notiones una cum recta nominum intelligentia perverteris. Haec inquam de solemni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis. Sed quid erit, si non testamento, sed aliis codicillis solemnibus sit schedula confirmata? Hoc sane numquam in disputationem adductum est apud scriptores; quum haud fortasse existimaverint, quae dixe-

rant de confirmata testamento, perduci etiam posse ad confirmatam aliis solemnibus codicillis. Etenim legum auctoritates, quibus utuntur, ut vidimus, licet falso usurpatae in prima specie, vix est ut ad alteram transferrentur. Verum quisque viderit, quid huic dubitationi respondendum videatur, postquam animadverterit omnino comprehendi sub Theodosii lege quamcumque voluntatem praeter testamentum.

§. ULTIMUS.

Refellitur Boehmeri sententia quantum ad alteram suae disputationis partem.

I. Postquam contenderat Boehmerus, constare posse sine solemni quinque testium adhibitione codicillos testamento confirmatos, longius eo usque progreditur, ut ostenderet, eamdem doctrinam interdum etiam accomodari codicillis non confirmatis testamento, itemque ab intestato factis; ut ita, quoad posset, assertioni serviret suae disputationis, quam inscripsit DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS. Quod ut praestaret, enumerat peculiares quosdam casus, quibus valerent relicta in huiusmodi codicillis, licet non solemnibus. Sed quam praepostere hoc ostendere conetur, refert, ut modo videamus. Ait ergo, codicillos principi oblatos, vel conditos apud magistratum, vel factos a militibus, vel etiam a paganis, qui in hostico deprehendantur, vel conditos tempore pestis, vel a patrefamilias inter liberos, vel demum ubi quid relinquatur piis usibus, licet non fuerint testamento confirmati, recte quidem consistere sine solemni quinque testium praesentia; ut propterea in his speciebus locus non sit constitutioni Theodosii (a).

(a) Vide quae congerit cap. 2. suae disputationis ex §. 8. ad finem.

II. Mirum est, quo conatu exagitare Boehmerus studuerit Theodosi legem, ut undique eam circumduceret. Ecquis non videt, quam aliena haec sint ab imperatoris consilio, quum solemnia in codicillis praescripsit, quin quam immerito haec referantur ad disputationis propositum? Quum Theodosius novam codicillis praebuit formam a veteri diversam, non aliud revera agere intellexit, nisi ut solemnes faceret testationes per codicillos expressas, quae tales antea non erant; atque ubi de iure veteri codicilli, tum ad testamentum facti, tum ab intestato, tum testamento confirmati, tum non confirmati recte constabant sine iuris solemnibus, quo magis defunctorum voluntatibus prospiceret adversum falsariorum fraudes, novam iis formam constituit, qua iis solemnia adscripsit. At nusquam credidit constitutionem perducere etiam ad privilegiarias testationes; hoc enim nec praestare poterat, nisi nova quoque lege negaret quidem iisdem testationibus ea privilegia, quae iam obtinuerant, ut nempe vagarent extra iuris observationem, atque rigorem. Neque hic agimus de testationibus privilegiariis, in quibus nedum codicillorum, sed et testamenti tabulis pari ratione leges solemnia remiserunt; ridiculum enim esset dubitare, an in codicillis, puta militum, locum habeant Theodosii solemnia, si expresso iure milites testari valeant praeter iuris solemnia nedum in codicillis, sed in testamentis praescripta. Revera in huiusmodi testationibus quantum ad solemnia non distinguuntur testamenta a codicillis, sed una lege considerantur; ideoque non recte Boehmerus in suae disputationis proposito exempla profert huiusmodi codicillorum, quasi in testamentis solemnia exigerentur. Testationes ergo privilegiariae eadem ratione, qua haud comprehenduntur sub solemnibus testamentorum, nec recipiunt iuris observationem in codicillis praescriptam. Hinc ubi in nostro commentario pertractavimus, quicquid ad ius codicillorum pertineret, alienum duximus descendere ad testationes privilegiarias codicillis expressas; earum enim potestas quum non distinguatur a testamentis, sed una iuris ratione utraque testa-

tio consideretur, non ad codicillorum, sed testamentorum materiam ea referenda magis videretur.

III. Proponit praeterea Boehmerus exemplum codicilli facti ab intestato sine solemni quinque testium adhibitione. Sed videamus, quid tandem sibi velit cum suis *codicillis sine testibus validis*. Cavit Iustinianus (a): si testator ita fideicommissum relinquat, ut voce illud pronunciet vel heredi, vel cuivis alio, a quo praestari velit, tum etsi hoc actum sit sine testium adhibitione, valere iussit fideicommissum, dummodo illud is fateatur vel per iurisiurandi delationem, a quo relictum fuerit. Placuit quidem imperarori, in fideicommissis relictis per nuncupationem loco testium sequendam fidem illius, a quo relinquitur, ut non tam a testibus, quam ab eo, qui fideicommissum debeat, manifestetur testatoris voluntas, ut alibi notavimus (b). Sed quorsum haec ad codicillum admissum sine solemni testium praesentia? Nimirum, inquit Boehmerus, valere dicuntur huiusmodi relicta vel sine testium adhibitione. Sed aliud est, imperatorem quidem cavisse in hac peculiari specie, ut necessaria non habeatur probatio voluntatis ex aliorum testimonio, aliud valere codicillum sine testium praesentia. Etenim numquam iure constabunt codicilli sine solemni testium adhibitione, quum illorum fides habenda sit ex eorum testimonio; quum vero Iustinianus in gratiam fideicommissi per nuncupationem declarati voluit, ut vel iurisiurandi delatione cogatur is, a quo fideicommissum petitur, defuncti volutatem aperire, non inquam effecit, ut codicillus valeret sine testium praesentia, sed ut in hac specie loco testium staret probatio voluntatis facta per manifestationem illius, a quo relinquitur. Nam, ut inquit (c): *Quum res per testium solemnitatem ostenditur*,

---

(a) In l. ult. C. de fideicommissis.
(b) Vide quae diximus cap. 2. nostri commentarii §. 1. n. 10.
(c) Cit. l. ult. C. de fideicommiss.

tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius caussae commissa est) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur propria, et indubitata fide relicta? Potior quidem visa est imperatori propria heredis fides quovis extraneo testimonio; ideoque id tantum cavit, ut heres cogeretur ad manifestationem voluntatis, non item ut huiusmodi codicilli valerent sine testium praesentia.

IUSTI HENNINGI BOEHMERI

DISPUTATIO

DE CODICILLIS SINE TESTIBUS VALIDIS

Cum animadversionibus, quibus auctor suo quoquo loco notatur.

CAPUT I.

De Codicillis ad testamentum factis sine testibus validis

§. I.

Caussae difficultatum iuris romani

Ius *nostrum, in quo quotidie versamur, quod manibus terimus, variis difficultatibus subiectum esse nemo dubitabit; sive illud quoad theoriam examinemus, sive, prout in ipsis rerum obtinet argumentis, intueamur. Equidem rationes horum scopulorum non unae ab eruditis allegari solent, quas quidem enumerare, et excutere haud mihi integrum esse video; interim tamen duo potissimum impedimenta tantum allegabo, quae difficultatem hanc maxime augent, promoventque. Primo expeditum est,* ius romanum peregrino idiomate esse *scriptum, latino scilicet; cuius usus quidem in academiis satis decantatus est, sed ut plurimum superficiarie tantum in scholis ICtorum eius ratio haberi solet; quo ipso factum, ut vim, et veram verborum, et terminorum indolem, virtutemque ICti saepe amiserint, et in ipsius rei conceptum non recte penetrare potuerint. Restaurata quidem hodie quodammodo est genuina iuris romani facies, postquam ICti*

nonnulli elegantiora studia ad ius romanum conferre inceperunt; sed rariores sunt, qui illos sequuntur, quoniam plerique persuasum habent, elegantiora studia parum utilitatis futuro practico afferre, cum tamen absque his non solida in iure eruditio, sed vix superficiaria haberi possit. Alterum impedimentum est ignorantia antiquitatum romanarum, *et processus romani, statusque civilis, quae tamen rationes iuris saepissime suppeditant. Constat enim ius nostrum vel ex principiis* naturalibus, *vel* civilibus; *illius rationes petendae sunt ex iure naturae, id quod ICti in decisionibus eiusmodi secuti sunt; huius vero ex civilibus caussis, quae connexionem habent cum statu publico, et civili. Ubi olim antiquitates romanae a doctoribus negligebantur, incertis opinionum procellis ferebantur, postquam vero hodie a tenebris in lucem protractae sunt, pristino suo nitori iuris romani prudentia restitui coepit.*

§. II.

Conceptus codicillorum non ita planus est.

Quod *si exempla materiarum, in quibus haec duo impedimenta difficultates pariunt, desiderantur, infinita quidem in promptu essent, si illa colligere animus esset. Pro ratione instituti mei nunc quidem ad codicillorum materiam provoco, quae quidem satis plana esse videtur, si communem doctorum opinionem intuemur. Ast si quae communiter doceri solent, paulo accuratius secundum romanae linguae indolem examinamus, statim apparebit, vel ipsum conceptum codicillorum plurimis adhuc incognitum esse. Et tamen ex eorum natura omnes iurium dispositiones fluunt, veluti quod in iis hereditas non detur, et tamen fideicommissum universale constitui possit, cuius rei diversitas ex ipso conceptu codicil-*

lorum fluit (a). *Sunt vero plures adhuc difficultates, quae superari non aliter possunt, quam si conceptum eorum recte investigaverimus; veluti an a codicillis differat epistola fideicommissaria? an semper testes requirant, an dentur codicilli nuncupativi, et quae sunt huius generis aliae quaestiones* (b). *In praesenti itaque dissertatione illud potissimum enucleare curabo, an in codicillis semper testes sint necessarii, cuius quidem decisio plana esse videtur ex* l. ult. in fine C. de codicillis, *et communi doctorum assensu; sed tamen non deerunt rationes, quibus ostendi potest, illud haud universale esse, praesertim si codicillos ex testamento dependentes, de quibus hoc capite agendum, supponamus, ut ut et in codicillis ab intestato nonnumquam id usu veniat; quos casus ad caput sequens reservabo.*

(a) Perperam arbitratur, quum credit ex codicillorum nomine venire, ut non recte in illis hereditas daretur, licet per fideicommissum constaret; hoc enim non ex vocis, sed ex intima iuris romani ratione proficiscitur, ut mox videbimus.

(b) Aliud est rectam nominis intelligentiam tenere, ut sinceram illius habeamus notionem, aliud quaestiones in iure definiri ex vocis significatione. Primum utile quidem videtur, non modo, ne verborum confusione rerum obvolvantur notiones, sed ut ex primaeva nominis significatione rerum ducatur origo. Alterum non ad vocis intellectum pertinet, sed ad solida cuiusque doctrinae principia, praesertim in iuris arte explicanda, quae non tam verbis, quam rebus potissimum insistit.

§. III.

Codicilli denotant vi vocis epistolam scriptam ad aliquem.

Ut *ut vero alias otiosas vocum aucupationes, et explanationes negligendas censeam, tamen ubi natura rei ex vero, et genuino vocis intellectu deduci potest, illa non est omittenda. Vox* codicillorum *quidem ambiguam habet significationem.* Vide Coll. 1. Arg. ad tit. de codicillis num. 3. *Sed varii hi significatus non adeo inter se discrepant, saltim in eo conveniunt, quod denotent scripturam quandam ad alterum emissam. Et sic primario denotat epistolam, vel literas ad aliquem scriptas* (a) *uti in hoc significatu fere potissimum apud probatos auctores occurrere solet. Sic Cicero* lib. 4. epist. 12. *ita scribit*: cum non longe a Piraeo abessem, puer Acidini *obviam mihi venit cum codicillis, quibus erat scriptum.* Et lib. 6. epist. 18.: Simul ut accepi a Seleuco tuas litteras, statim quaesivi a Balbo per codicillos, quid essent in lege. *Porro* in lib. 12. ad

---

(a) Distinguere hic debuerat Boehmerus latinam *codicillorum* significationem ab eorum notione, quatenus accipitur a iurisconsultis. Quod ad primam attinet, falso suspicatur, non aliud eorum nomine revera venire, nisi *epistolas*; nam codicilli proprie dicti sunt, quicquid tabellis ceratis scriptum esset, sive epistolae, sive orationes, sive poemata, sive quid aliud in iis contineretur; non enim referebantur ad peculiare quoddam operis genus, epistolarum nempe, sed tum ad materiam, in qua scribebatur, tum ad modum, quo tabellae simul iungerentur. Vide quae diximus cap. 1. nostri comment. n. 1. et 2 Mox videbimus, quod spectat eorum notionem, ut iure consideratur.

Attic. epist. 8. *idem significatus occurrit*: quae desideras, *scribit*, omnia scripsi in codicillis; *et in fine ita*: De Balbo et in codicillis scripseram. *Sic etiam apud Tacitum* lib. 1. annal. *dicitur*: Is ad tribunum miserat codicillos, *hoc est*, *litteras*, et lib. 4. annal. *ibi*: composuit ad Cesarem codicillos. *Adhuc explicatius hac voce in hoc significatu utitur Cicero* lib. 2. ad Q. fratr. epist. 10. *aiens*: Epistolam hanc convicio efflagitarunt codicilli tui. *Sic itaque quidem in genere epistolam denotarunt codicilli*, *aliquando tamen strictius pro certo genere epistolarum codicilli sumti sunt*, *scilicet pro epistola ad praesentem scripta*, *quod probat Seneca his verbis* epist. 55. in fine: video te, mi Lucili, cum maxime audio, adeo tecum sum, ut dubitem, an incipiam non epistolas, sed codicillos tibi scribere. (a) *Quin et quandoque latiori in sensu epistolas publicas*, *seu rescripta denotarunt*, *cum etiam haec saepe* epistolae *vocentur* §. 2. Inst. de his, qui sui, vel alieni iuris sunt §. 4. in fine inst. de fideiussoribus; *et hoc quoque intuitu* codicilli *nonnumquam in iure dicuntur* §. 4. inst. quibus modis ius patr. pot. tol. l. 41. de excus. l. 1. C. ut omn. iudic. *conf. Barnab. Brisson. sub* voce codicilli.

(a) Quae afferuntur scriptorum loca non probant, nisi quod veteres codicillorum nomine quandoque significaverint epistolas vel ad absentes missas, vel ad praesentes, quod haud negamus. Sed non recte exinde conficitur, per codicillos epistolas venire. Epistolarum quidem nomen continet illud scriptionis genus, per quod animi sensa absentibus aperimus; codicillorum vero exprimit materiam, in qua scribitur; nam quum in tabellis ceratis epistola scribetur, codicilli nominarentur. Hinc idem valet apud latinos, scribere in *codicillis*, vel per *codicillos*, ac scribere in tabellis ceratis. Idem dicendum de imperatorum rescriptis, quae codicillis continebantur, sive tabellis ceratis. Cetera notavimus cap. 1. nostri comment. loc. cit.

§. IV.

Amplificantur hactenus dicta ad codicillos, quatenus sunt ultimae voluntatis species.

Cum *itaque hae tres significationes in eo conspirent, quod codicilli usu communi loquendi apud* Romanos *denotaverint* epistolas , *sive ad absentes , sive ad praesentes scriberentur , sive denique ex imperatorum indulgentia ad preces subditorum emanarent , satis probabile est, codicillos , qui tempore Augusti , tamquam ultimae voluntatis species approbati sunt , quoad primam suam originem nihil aliud fuisse , quam* epistolam scriptam ad heredem de eo , quod post mortem suam scribens ab herede fieri vellet , *in quo conceptu cum plurima sita sint , hoc ipsum nunc ex iure probandum erit* (a).

§. V.

Codicilli nihil aliud erant, quam epistolae ; quod probatur (I.) *ex origine.*

Hoc *ipsum vero satis conspicuum redditur (I.) ex origine horum codicillorum , quam imperator* in pr. inst. de codicillis *satis distincte tradit , scilicet Lucius Len-*

(a) Inspecta codicillorum origine si coniectare velis , eos scribi tum solere potissimum epistolarum more, non prohiberis ; at si intelligas , apud iurisconsultos per codicillos nil aliud venire , nisi epistolam ad heredem scriptam , prorsus ineptiveris ; quum perspicuum sit, in iure significasse *non solemnem testatoris voluntatem*, quatenus a testatorum ratione distinguitur. Vide quae notavimus loc. cit. n. 3.

tulus Romae fecerat testamentum, et Augustum filiamque suam instituerat heredes, eodemque testamento caverat, ut si quos postea codicillos scriberet, ii ex eo testamento valerent. Cum postmodum in Africa morti vicinus esset, scripsit codicillos ad heredes, petiitque ab Augusto herede suo, ut aliquid faceret, seu praestaret post mortem suam. Hic sane non alia dispositio per codicillos intelligi potest, quam epistola quaedam, cum eo tempore codicilli nihil aliud denotarent, ut §. III. evictum est. Non enim ulla ratione ostendi potest, per codicillos aliud aliquid eo tempore intellectum fuisse, et sic secundum usum communem loquendi illius temporis dispositio Lentuli aestimanda est (a). *Iam quidem hactenus inauditum erat, per epistolam, vel codicillos heredi aliquid iniungere, quod ei necessitatem imponeret voluntatem defuncti implendi. Sed nihilominus Augustus heres voluntatem eius implebat, et filia Lentuli legata praestabat ex epistola patris, quae iure ordinario non debebat. Uti vero exempla principum facile subditos ad imitationem rapere solent, ita quoque deinceps alii, Augusti autoritatem secuti fideicommissa ex eiusmodi epistolis ad heredem scriptis praestabant. Quo ipso factum, ut Augustus suasu ICtorum, et imprimis Trebatii magnae tunc temporis autoritatis Icti, codicillorum usum lege probaret, et in utilitatem civium introduceret, cum non semper civibus integrum esset, testamenta concinnare, maxime, si peregrinationes face-*

(a) Iterum nugatur cum epistolarum, ac codicillorum nominibus. Quod Lentuli aetate codicilli scriberentur more epistolarum, an idcirco non aliud eos esse dixeris in iure, quam *epistolas*? Sed utcumque illos consideraveris, tamquam epistolas ad heredes scriptas, quid porro hoc pertinet ad ius codicillorum? Aliud est animadvertere in huiusmodi voluntatibus scripturae modum, aliud iuris rationem; quae sane si una confundantur, numquam cognosces, quid revera in iure haberi debeant.

rent. Post quod tempus cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli optimo iure admitterentur. Erat enim Labeonis maxima autoritas, adeo ut Tacitus lib. 3. annal. *illum, et Atteium Capitonem* duo pacis decora *nominet; sed in eo Labeonem Capitoni praeponat, quod* esset incorrupta libertate, et ob id fama celebratior, cum e contra Capitonis obsequium dominantibus *magis probaretur. Atque hinc Labeonis autoritas apud populum libertatis amantem plus ponderis habuisse videtur l. 2. §. 47. ff. de origine iuris* (a). *Sic itaque satis constat, ratione primae originis codicillos fuisse meras epistolas a defuncto ad heredem scriptas.*

§. VI.

***Probatur II.** ex eo quod in iure promiscue etiam epistolae vocentur.*

Constat *quoque II. id ipsum exinde, quod in iure nostro codicilli passim* epistolarum *nomine veniant. Evidenter id patet ex* l. testamento 89. pr. *ff. de legatis 2. ubi Ictus ita*: Quaero, cum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, vice (*hoc est iure*) codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quae epistola continentur ad filium pertineant? Respondi si fides epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit. *In hoc textu codicilli, et epistola promiscue sumuntur, ex quo certum indicium nascitur, codicillos eiusmodi per modum epistolae solemnis scriptos fuisse* (b). *Idem ulterius evincitur ex* l.

(a) Vide quae diximus de origine codicillorum cap. 1. §. 1.

(b) Iam vidimus cap. 1. nostri comment. §. 10. n. 18. et 19. quid proprie apud iurisconsultos veniret nomine *codicillorum*, quid *epistolarum*, licet utrumque conti-

uxorem 41. §. 2. ff. de legatis 3. *ubi rursus codicilli, et epistola promiscue sumuntur. Ut ut enim haec duo inter se opponi videantur in verbis*, utrum eidem Damae ex verbis codicilli ab heredibus praestandi sint, an vero ad Seiam uxorem ex verbis epistolae pertineant, *tamen antecedentia demonstrant, de codicillis tantum sermonem fuisse, et quae dispositiones ibi occurrunt, generali nomine codicillorum veniunt* (a).

---

neatur sub generali codicillorum significatione. Si quid per fideicommissum relinquebatur in codicillis, *epistolam* potissimum veteres nominarunt, sive *epistolam fideicommissariam*, quae vox simplicior videbatur ad exprimenda fideicommissorum relicta. Quod vero relinquebatur per verba directa, *codicillos*, sive *codicillos confirmatos* magis appellabant, ut cit. loco probavimus. Hinc nil mirum, si Consultus in hac lege *epistolae* nomine intelligit praelegatum filio relictum verbis praecativis; nec inde consequitur, codicillos in iure non haberi, nisi epistolas. Nam utcumque consulti eos nominaverint quantum ad pressiorem illorum significationem, tum codicilli proprie accepti, tum epistolae fideicommissariae veniunt sub uno iuris intellectu, quod nempe contineant voluntatem non solemnem a solemni distinctam, quae habetur in testamento.

(a) Nullibi, quam hoc iuris loco Boehmerus apertissime arguitur; quo quidem distinguere voluit Consultus *codicillum* verbis directis conceptum ab *epistola* verbis precativis, ut latius ostendimus loco cit. n. 19.

§. VII.

Codicilli , et epistola fideicommissaria non differunt.

Equidem *non desunt , qui inter codicillos , et epistolam fideicommissariam differentiam quamdam observant , quae agnita fuisse videtur ab imperatoribus in* l. 7. C. qui testamenta facere possunt , *ubi ita : quod et in codicillis , et fideicommissariis epistolis iure scriptis observandum erit, quibus verbis inter se haec duo distingui videntur* (a). *Differentias autem has assignat Petrus Mulierus* in notis ad Struvium ex. 34. th. 68. I. *ratione scripturae; quod scilicet epistola semper eam desideret, licet codicilli possint esse nuncupativi.* II *ratione praemissae salutis, sine qua epistola non concipitur.* III *ratione illius ad quem epistola dirigitur ; qui in epistola est amicus forte aliquis, aut propinquus , in codicillis autem semper heres supponendus.* IV. *ratione legatorum , quae in codicillis praesertim testamento confirmatis dari possunt. Sed hae differentiae nullo modo fundatae sunt. Nam hoc numquam autor praelaudatus probabit , codicillos ab initio , et maxime iure digestorum potuisse absque scriptura fieri, quin semper ubi in digestis fit mentio codicillorum , praesupponuntur ex natura sua scripti. Inde etiam Ulpianus in* L. 3. ff: de testam. milit. *ubi clausulae codicillaris mentionem iniicit , ita ait* : quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenta faciunt PER SCRIPTURAM adiicere , velle hoc etiam vice codicillorum valere ; *ex qua patet , olim tantum testamentis scriptis clau-*

(a) Non ab imperatoribus , sed a iurisconsultorum lingua primum coepit haberi discrimen inter *codicillum* pressius acceptum , *et epistolam fideicommissariam* , ut diximus.

sulam hanc adiectam fuisse (a). *Quod vero iure codicis aliud introductum sit, id iuris sequioris est, et huius rationem deinceps excutiemus* (b). *Altera differentia itidem haud subsistit. Nam et in codicillis praemissio salutis de iure antiquo occurrit. Audiamus Marcellum, qui in* L. 56. de fideicom. libert. *ita ait: deinde codicillis ita cavit.* Lucius Titius heredibus primis, et substitutis salutem. *Hic adest formula codicillorum, in quibus salutationis praemissio, ut in epistolis occurrit* (c). *Aliud exemplum occurrit in* l. 37. §. 3. ff. de legatis 3. et §. 2. L. 35. L. 30. §. 1. de adim. vel transf. legat. *De quibus, et similibus textibus postea specialiter dicendum erit. Sed nec semper in epistolis salutationem per se olim rem necessariam fuisse evicit Lauterbach.* diss. de epistola th. 32. *cum etiam in iure nostro epistolae inveniantur, quae nullam salutationem praemissam habent* L. 12. §. 12. mandat. L. 5. §. 3. L. 21. et 26. de constit. pec. L. 75. pr. ff. de legat. 2. L. 4. de adimed. vel transf. legat. *Tertia differentia itidem non stringit; quando enim quaestio est de epistola fideicommissaria, illa ordinarie etiam dirigitur ad heredem, vel ad eum, qui ex beneficio, et voluntate defuncti aliquid habet, quod clarissime apparet* ex L. 75. pr. ff. ad S. C. Trebell., *ubi*

(a) An codicillos veteres admitterent, nedum per *scripturam*, sed per *nuncupationem* latius egimus cap. 1. nostri comment. §. 4. Nec prorsus ad rem facit hic Ulpiani locus, ut ibi ostendimus num. 3.

(b) Non inquam ex iure codicis Iustinianei coeperunt codicilli per *nuncupationem*, sed nec veteribus ignoti fuere; nulla enim iuris ratio obstabat, quominus testamenti exemplo fieri non potuerint per nuncupationem, ut probavimus loc. cit.

(c) Salutis praefatio non utique pertinuit ad formulam codicillorum, nam in testamentis quoque comperimus apud veteres huiusmodi salutis praefationes. Vide L. 34. §. 1. et 6. de legatis 2.

Ictus ita inquit: Epistolam ad heredem suum in haec verba scripsit; *et in* L. 37. §. 3. de legatis 3. *patet*, *epistolam fideicommissariam ad filium suum scripsisse dicitur*, *qui ex donatione patris aliquid possidebat. Ultima denique parum in recessu habet*; *postquam enim legata fideicommissis exaequata sunt*, L. 1. ff. de legatis 1. *legata sine dubio in codicillis*, *et epistolis*, *quae non differunt*, *nisi sono vocis*, *relinqui possunt* (a). *Hisce praemissis conspicuum est*, *ex* L. 7. C. qui testamenta facere possunt *non inferri posse*, *olim differentiam fuisse*; *cum particula* et *non semper separet*, *aut distinguat*, *sed saepe duo vocabula idem significantia coniungat* : *vide Strauch.* de particul. iuris sub voce ET (b)

(a) Quicquid interpretibus placuerit de differentia inter *codicillos*, et *epistolas*, revera eo tantum vertebatur, ut codicillis proprie dictis *legata* relinquerentur, epistolis *fideicommissa*. Perperam autem Boehmerus repetit exaequationem legatorum cum fideicommissis ex L. 1. de legat. 1. praesertim quantum ad varias huiusmodi relictorum caussas; quum in comperto sit, quicquid Constantinus formularum superstitiones abrogaverit, non ante Iustinianum in unam prorsus iuris rationem adducta; ut nil penitus distarent relicta per verba directa a fideicommissis. Vide quae longius hanc in rem attulimus cap. 2. nostri comment. §. 4. n. 2. et 3.

(b) Quoniam falso credidit ex L. 1. de legatis 1. iam sublatum quodcumque iuris discrimen inter legata, et fideicommissa, ubi in citata L. 7. C. qui testamenta facere possunt, aperte distinguuntur codicilli ab epistolis fideicommissariis : *Quod in codicillis*, *et fideicommissariis epistolis ... observandum erit*, Boehmerus putavit ea verba *in codicillis*, *et fideicommissariis epistolis* veluti synonima haberi. Quid facies huic legum interpreti? Verum patet, hanc legem Valentiniani esse, cuius aetate adhuc stabat differentia relictorum per verba directa, ac precativa, ideoque discriminantur *codicilli ab epistolis fideicomissariis.*

§. VIII.

Explicatur lex ultima principio ff. de legatis 2.

Agnoscit *etiam cardinalis Mantica* de coniect. ult. vol. lib. 2. tit. 11. n. 2. et 3. *nullam in effectu inter codicillos, et epistolam esse differentiam; tamen ratione modi, et formae aliquam superesse existimat; deceptus ex* L. fin. pr. ff. de leg. 2. *quasi ibidem codicilli ab epistola distinguerentur. Casus in dicto textu est talis: Quidam in testamento caverat, si quid obsignatum recepisset (vel ut alii legunt* reperisset *scil. heres) id ipsum iure codicillorum valeret. Reperta est epistola ad heredem scripta non obsignata; ibi non quaerit ICtus, an haec epistola iure codicillorum valeret; sic enim forsan distinxisse haec duo dici posset, sed potius ita:* an quae epistola continentur, ad filiam pertineant? *De hoc ergo non erat quaestio, an non haec epistola essent codicilli, sed an tales codicilli non obsignati valerent? Olim enim codicilli testamento confirmari solebant; iam ergo inde ratio dubitanti petebatur, an tantum illi codicilli a testatore iam praecedente testamento confirmati fuissent, qui essent obsignati, non vero qui non obsignati invenirentur, quo ipso videbantur nullius esse efficaciae. Sed nihilominus ICtus contrarium decidit, quoniam sufficiebat, generaliter codicillos esse confirmatos, praesertim cum nec obsignatio praecise requireretur. Unde quando Mantica rem ita definit,* valuisse hoc in casu dispositionem non iure codicillorum, sed iure epistolae fideicommissariae, *differentiam adstruit rerum, quae sono differunt, re conveniunt, sicuti ipse postea non diffitetur, epistolas tales etiam valere iure codicillorum, hoc est, unum, idemque esse* (a).

(a) Agnosco ineptam Manticae interpretationem in relato Scaevolae responso; quum nec Consulti sententia,

§. IX

(III.) Codicilli dicuntur scribi ad heredem.

Sicuti *itaque epistolae scribuntur ad amicum, vel tertium quemdam, ita quoque nunc (III.) in iure passim de codicillis dicitur*, *quod* scribantur ad heredem, *vel ad eum, cui ex beneficio defuncti aliquid obvenerat, quod rursus indicium praebet, codicillos nihil aliud, quam meras epistolas defunctorum fuisse. Sic in* L. 11. ff. de iure codicillorum *ita dicitur*: Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis, libertates dedit; *et in* L. 19. ff. *eodem ibi*: is, qui unum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus; *et deinceps*: ad quem codicillus factus est; *item in* L. 14. pr. ff. eod. *ubi dicitur*: quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est. *Expressius idem evincitur ex* L. alumnae 30. §. 2. de adim. vel transf. legat. *ubi ICtus notanter ait*: Eodem die codicillos ad heredes suos ita scripserat. *Iam uti in* §. 3. *notatum, ex usu communi loquendi* codicillos ad aliquem scribere *idem denotavit*, *ac* epistolam ad aliquem scribere (a).

---

nec quaestio proposita pertineat ad differentiam *codicillorum* ab *epistolis*. Sed miror Boehmerum, qui legis sententiam exponere conatur, congerere prorsus aliena a consulti mente. Non inquam illic agitur de iure confirmationis in codicillis, sed quaerebatur, an epistola valeret, licet non obsignata contra ea, quae testator significaverat testamento, ut nempe id vice codicillorum valere vellet, quod a se obsignatum reliquisset. Sed vide huius responsi expositionem, quam protulimus cap. 1. nostri comment. §. 3. n. 7. et seq.

(a) Nemo dubitaverit, veteres quidem codicillos po-

§. X.

(IV) Codicilli per modum epistolae fuerunt scripti.

Sed *et illud* (*IV.*) *non omittendum, codicillos per formam epistolae ad heredem communiter directos fuisse. Ut ut enim ante notatum sit, non semper epistolas habuisse praemissam salutationem, tamen recte infertur, ubi praemissa salutatio occurrit, hanc ipsam scripturam epistolam repraesentare. Huiusmodi exemplo infinita in iure nostro occurrunt. Ex multis pauca tantum afferam. In* L. 35. §. 3. de legatis 3. *haec formula occurrit*; Codicillis confirmatis ita cavit: Tiburtibus municipibus meis, amantissimisque, scitis etc. *et in* L. 37. §. 2. eod. *dicitur*. Deinde codicillos per fideicommissum confirmavit, quibus ita cavit: Lucius Titius Seiae heredi suae, quam pro parte dimidia instituit, salutem; *et in* L. 30. de adim. vel transf. legatis, *ibi*: heredibus meis salutem; *et in* L. ult. ff. de fideic. libert. *ubi ICtus ita*: deinde codicillis ita cavit: Lucius Titius heredibus primis, et substitutis salutem: *conf.* L. 34. §. 1. de leg. 2. *Si ergo codicilli in forma epistolae scri-*

---

tissimum scripsisse ad modum epistolarum, ut vel heredibus, vel legatariis, vel fideicommissariis eos inscriberent. Ergone codicilli in iure non secus habendi sint, quam epistolae ad famigliares scriptae? Nollem Boehmerum, quum in iure versetur, in dialecticam offendere. Praeterea non quod potissimum vel heredibus, vel legatariis inscriberentur, colligere licet, non secus scribi potuisse, quam servatis huiusmodi inscriptionibus, quasi aliter in iure non valerent; hoc enim nil ineptius dici potuerit. Etenim non inscriptionibus, sed iuris norma regi debuerant.

pti fuerunt, *sane olim non fuit differentia inter* disponere per codicillos, et per epistolam (a).

§. XI.

Quare hereditas fideicommissaria, et non directa in codicillis relinquatur?

Et *ex hoc primo conceptu nunc facile constat*, *cur in codicillis non detur hereditas directa*, *bene tamen fideicommissaria* (b)? *Ait Iustinianus in* pr. instit. de codicillis, *a Lentulo codicillorum autore fideicommissa quoque originem traxisse*; *ex quo satis probabile redditur, in ipsis codicillis Lentulum quoque ab Augusto reliquisse fideicommissa. Videlicet quemadmodum epistola praesupponit eum*, *ad quem sermonem dirigimus*, *a quo aliquid per literas petimus*, *quocum agimus*; *ita itidem codicilli non facere*, *sed iam heredem praesupponere debuere*, *quocum testator per codicillos loqueretur*, *et cui aliquid iniungeret*; *ordinarie enim diriguntur ad heredem*. *Inde quod post obitum heredis codicillis legatum, vel ademtum est*, *nullius momenti esse dicitur in* l. 14 §. 1 de iure codicillorum *ob hanc rationem*, quia he-

---

(a) Quoniam, argumentatur Boehmerus, in codicillis salutis praefatio adiiciebatur, consequitur idem fuisse *testari per codicillos*, *ac testari per epistolam*: si quaestio tantum vertatur de nomine, haud negaverim, utrumque dici potuisse; at si velis exinde conficere, idem in iure haberi epistolas familiares, ac codicillos, prorsus deliraveris. Ius cadit in eos codicillos, sive epistolas, quibus suprema defuncti voluntas continetur: quo sensu nil commune habent epistolae familiares cum codicillis. Nolim verborum fallacia rerum notiones perverti.

(b) Exspecta, quae absurda iuris principia inferat Boehmerus ex suis verborum fallaciis.

res, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est, eaque ademptio, et datio tunc vana efficietur, *sicuti in genere epistola effectu caret, si is, ad quem directa est iam decessit. Ast fideicommissa sunt eiusmodi negotium, quod potissimum in epistolis, et codicillis constitui potest. Fiebant olim per rogationes, et serias petitiones, simulque haec ipsae ad heredem dirigebantur, ut scilicet hereditatem, vel rem singularem restitueret. Ast vero in literis ad tertium scriptis maxime solemus rogare, et petere, vel a tertio aliquid postulare; atque adeo nihil convenientius fuit, quam codicillis fideicommittere. Unde rursus in iure infinita exempla occurrunt, quae ostendunt, eiusmodi formulas olim fuisse adhibitas, quales in literis adhiberi solerent* (a). *Sic in* l. 108.

(a) Quae Boehmerus hic affert tanto verborum ambitu, eo redunt, ut quum codicilli inscriberentur ad modum epistolarum iis, cum quibus testator loqui videatur, factum est ne illis darentur hereditates directae, sed per fideicommissum: in directis quidem imperativo modo testator se gerit, in fideicommissariis vero precativo; et quoniam epistolis non tam utimur imperativis verbis, quam precativis, hinc est, inquit Boehmerus, in codicillis veluti epistolis non secus hereditatis dationem permissam, ac per fideicommissum, ut mos epistolarum servaretur. Nae haec numquam excidissent a grammatico quopiam, ne dicam a iurisconsulto. Non inquam ex epistolarum formulis iuris pendet doctrina, quum sua propria agnoscat principia nata ex rebus ipsis, non ex rhetorum praeceptis. Brevi fideicommissa, uti et codicilli non tam lege, quam moribus descenderant: hereditatis autem datio, tamquam ex lege, testamento tantum constare poterat. Ut autem sine expressa legis offensione admitteretur in codicillis testatio universi defuncti patrimonii, oportuit recurrere ad fideicommissorum naturam, quorum potestas moribus quoque confirmata est. Sed vide quae longius dicta sunt cap. 1. no-

§ 13. de leg. 1. *occurrit haec formula* : Te, Titi rogo, fideique tuae committo; et in l. 34 pr. de leg. 2 *in haec verba Titia ad filium codicillos composuit* : A te autem Maevia filia charissima peto. *Quin et codicillis commendabant heredibus eum, quem fideicommisso honorare volebant, quale exemplum occurrit in* l. 34 §. 7. ff. de leg. 2 *ubi Titia in codicillis cavisse dicitur* : Caium Seium virum meum commendo tibi, o filia, cui volo dari etc. *cuiusmodi commendationes iterum sunt proprium literarum negotium. Imo sicuti in literis fiduciam, quam erga eum, cui amice scribimus, concepimus, solemus demonstrare, ita quoque non infrequens erat fideicommissa hoc modo in codicillis relinquere. Exempli loco sit* l. 37. §. 3. de leg. 3 *ubi propterea codicillos vocat* epistolam fideicommissariam, *et hac formula utitur*: Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, conf. l. 39 pr. eodem. *Quae omnia ulterius illustrant, codicillos nihil aliud ab initio fuisse, quam meras literas ad heredem scriptas* (a).

§. XII.

Non quaevis literae sunt codicilli.

Cum *itaque codicilli certum genus literarum sint, inde tamen non statim omnes literae, quibus hereditas*

---

stri comment. §. 2. num. 2 et 3. Ex illo falso iuris principio aberrat quoque Boehmerus a recta expositione relatae l. 14 §. 1 de iure codicillorum, cuius interpretationem attulimus cit. cap. 1 §. 10 num. 17.

(a) Quae proferuntur ex iuris libris exprimunt formulas, quibus veteres uti solerent in fideicommissis, quae sane precative concipiebantur; sed falso coniicitur, non aliud codicillos iure fuisse, quam epistolas ad heredes scriptas, ut iam ostendimus.

promittitur, *vel animi affectus exprimitur*, *vim huiusmodi codicillorum habere possunt* l. 17 ff. de iure codicillorum. *Codicilli enim*, *quatenus vim ultimae voluntatis habere debent*, *debent esse dispositiones*, *hoc est*, *ut heredi praestatio alicuius rei post mortem testatoris in iis iniungatur*, *et sic speciatim exprimatur*, *quid praestandum sit. Ast eiusmodi literae generales*, *de quibus in* l. 17. cit. *agitur*, *non specifice disponunt*, *non tunc*, *quando tantum affectus animi exprimitur*; *quia non statim aliquid in alterum ex patrimonio nostro transferre volumus*, *erga quem affectum nostrum contestamur*; *nec tunc*, *quando hereditas literis promittitur*; *nam nuda promissio de futura dispositione non est dispositio praesens nec ex epistola potest quis heres fieri*; l. 52 pr. de pact. l. 13 et 14 de probat.

§. XIII.

Codicilli possunt dirigi ad ipsum legatarium, *vel fideicommissarium*.

Illud *postremo adhuc notandum*, *quod etsi codicilli*, *seu epistolae ordinarie dirigantur ad heredem secundum* §. 9. *tamen postea receptum esse*, *ut etiam potuerint dirigi ad ipsum fideicommissarium*, *seu legatarium. Elegans decisio hac de re occurrit in* l. 75 pr. ff. de legatis 2. *ubi Papinianus ita*: Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: Scire te, volo donare me tibi aureos octingentos. *Quaerebatur*, *an codicilli huiusmodi valerent? Ratio dubitandi enim erat*, *quod non essent directi ad heredem*, *ad quem ratione suae originis dirigi debebant. Sed nihilominus ICtus decidit deberi*: *et ne quis putet*, *hoc singulare esse in testamento militum*, *ideo addit*: Nec aliud probandum esse in cuiuslibet suprema voluntate; placet enim, *pergit*, consistere fideicommissum, etis defunctus cum eo loquatur, quem precario remu-

neratur (a); *ubi quidem in vulgata editione pro* etsi *legitur* ac si; *sed revera sanum sensum lectio talis non habet*; Cuiac. lib. 2. obs. 3, *vel pro* remuneratur *substituendum est* rogat; *ut sensus sit, ita hoc capiendum est, ac si testator cum illo locutus esset, qui precario rogatur.*

§. XIV.

Codicilli ab initio testamento confirmabantur.

Hactenus *itaque multiplici ratione evictum est, codicillos nihil aliud ratione suae originis fuisse, quam literas defuncti ad heredem regulariter scriptas, ut ut quandoque possint ad legatarium, vel fideicommissarium scribi. Potissimum autem ab initio dirigebantur ad heredem scriptum; sensim autem introductum est, ut etiam ad heredem ab intestato dirigi possent*, l. 16. de iure codicillorum (b). *Et quidem quod codicillos ad heredem*

(a) Quod hic affertur ex Papiniano, non codicillorum, sed fideicommissi spectat rationem, ut perperam crediderit Boehmerus, hoc repetendum ex epistolarum formula, quum aeque licuerit codicillos inscribere vel heredibus, vel legatariis, aut fideicommissariis. Porro fideicommissa aeque valere videbantur, si testator loqueretur cum herede, vel cum eo, cui fideicommissum praestandum sit; ideoque ait Papinianus: *placet enim consistere* FIDEICOMMISSUM *etc.* In fideicommissis enim *quaeri non oportet* (inquit idem Papinianus l. 77. §.26. de legatis 2.) *cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.* Vide quae diximus cap. 1. nostri comment. §. 7. n. 6.

(b) Iterum nugatur, quum in codicillis quoque ab intestato *ius epistolarum*, ut ita dicam, agnoscit. Quid autem iuris sit in huiusmodi codicillis, vide quae latius dicta sunt cap. 1. nostri comment. §. 7.

testamentarium scriptos attinet, solebant communiter testamento confirmari; quem in finem hac formula in testamentis utebantur: Si quos codicillos reliquero valere volo, l. 56 pr. ff. de fideic. libert., *quemadmodum etiam Lentulus primus codicillorum conditor, illos suo testamento antecedenter confirmaverat; non tamen talis confirmatio erat absolutae necessitatis, sed distinguebatur inter codicillos ante, et post testamentum conditos. Hi confirmatione non indigebant, sed nihilominus vires ex testamento capiebant*, l. 3 §. 2 ff. de iure codicil.; *illi vero olim necessario confirmandi erant, ne alias per testamentum correcti viderentur*, l. 5 ff. eodem. *Atque huc respexisse videtur Plinius Secundus* lib. 2. epist. 16 *aiens*: Tu quidem pro cetera tua diligentia admones me, codicillos Aciliani, qui me ex parte instituit heredem, pro non scriptis habendos; quia non sunt confirmati testamento. Quod ius ne mihi quidem ignotum est; cum sit iis etiam notum, qui nihil aliud sciunt. Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiamsi iure deficerentur, quasi perfectas tuerer. Constat autem codicillos istos Aciliani manu scriptos. Licet ergo confirmati non sint testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur. *Sed post constitutionem Severi, et Antonini haec necessitas confirmandi codicillos remissa est, modo appareret, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse*; §. 1. Instit. de codicillis conf. Anton. Faber lib. 15 coniect. cap. 15 (a).

(a) Quod perturbate profert de codicillorum confirmatione, sive fiant ante, sive post testamentum, frustra hic refellendum arbitramur, quum latius rem omnem exposuerimus cap. 1. nostri comment. §. 10 et 11.

§. XV.

Confirmatio ad quid utilis

Licet *vero confirmatio codicillorum non erat necessitatis, tamen maximam nihilominus habebat utilitatem, ut eo intimius codicilli cum testamento connecterentur, et ita ex codicillis valeret, de quo alias in codicillis disponi non poterat; magis enim pro parte, et accessorio testamenti, quam pro separata dispositione habebantur* (a). *Quod ipsum nunc ostendendum, cum inde eo facilius ad metam propositam perveniamus. Sic heres directus in codicillis scribi non potest, quod per manus traditum esse dicitur* in l. 10. ff. de iur. codicillorum, *adeo ut talis institutio sit nulla* l. 6, pr. eod. §. 2. l. eod. *nec pater directo liberis suis hereditatem in illis relinquere possit* l. 75 ad S. C. Treb. *Sed quid si testator asse toto non distributo ita caverat*: Quem heredem codicillis fecero, heres esto, *et deinceps in codicillis heredem Titium scribat? Valebit illa institutio* ideo, *ait ICtus*, quod licet hereditas in codicillis dari non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit. *Hoc casu* (1) *valida est heredis institutio in codicillis designata, quae alias per se invalida, et* (2) *quidem, ut directo valeat non per modum fideicommissi, ut in* l. 76 ad. S. C. Trebel.; *atque hinc integram*

(a) Omnes codicilli ad testamentum pertinentes, tum confirmati, tum non confirmati testamento, veluti illius partes, ac sequela considerantur. Scribebantur autem *legata* in confirmatis, *fideicommissa* dumtaxat in non confirmatis; atque *legata* in codicillis relicta ex testamento valere dicebantur ob eorum confirmationem in testamento factam, scilicet iuris fictione, qua videri poterat, ac si relicta essent ipso testamento, cit. cap. 1 §. 10.

portionem accipit , non detracta Trebellianica , quae alias detrahenda foret , si iure fideicommissi partem suam acciperet. (3) *Fundamentum decisionis in eo quaeritur, quod quia codicilli* specifice *antecedenter confirmati sint, et testator eo ipso se ad illos referat , non tam in codicillis, quam in testamento hereditas data videatur. Ex quo ipso evincitur , specialem confirmationem codicillorum id operari , ut id , quod in codicillis disponitur , pro eo habendum sit , ac si in testamento dispositum esset* (a).

§. XVI.

Confirmationis codicillorum in testamento factae utilitas ulterius ostenditur.

Simile *exemplum occurrit* in l. 10. ff. de conditionibus institutionum , *ubi ICtus hanc institutionem factam in testamento valere ait :* Si servum heredem codicillis scripsero , heres esto , vel cuius nomen codicillis scripsero , ille mihi heres esto , *cum videatur in testamento facta , quod se ad futuros codicillos refert* (b). *Ex eodem fundamento ICtus in* l. 38 ff. de conditionibus , et demonstrationibus *aliam format conclusionem aiens :* Si ita scripsero , quantum codicillis Titio legavero , licet codicillis legatum explicetur , tamen ex testamento valet. *Quare autem legatum ex codicillis non valet ? quia scilicet testator antecedenter codicillos confirmavit , et se per expressum ad illos retulit , ut adeoque dispositio codicillaris ad testamentum referri debeat* (c). *Hactenus quidem exempla adducta sunt , ubi*

(a) Loquitur de l. 77 de heredibus instituendis, quam perperam interpretatur. Vide quae latius dicta sunt in nostra disput. consectaria §. 2. num. 3. et seq.

(b) Exposuimus hanc legem loco cit.

(c) Hoc est aperte calumniari ipsam legis sententiam,

specifice *confirmati sunt futuri codicilli*; *ceterum si generalis sit confirmatio*, *idem dicendum esse videtur per* l. 36 pr. de testam. milit., *ubi ICtus ita disponit*: Militis codicillis ad testamentum factis (*hoc est per testamentum confirmatis* (a)) etiam hereditas iure videtur dari: quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit. *Neque vero quis putet*, *hic singulare privilegium militum occurrere* (b), *quasi illi ex privilegio possint in codicillis heredes directo scribere*; *nam id quidem doceri nequit* (c); *sed quod codicilli testamento con-*

---

qua ideo valere dicitur legatum ex testamento, quod eo revera datum videbatur, licet illius quantitas codicillis explicetur. Vide quae diximus cit. disput. consectaria §. 2. n. 7. et seq.

(a) Male inquam interpretatur *ad testamentum factis*, pro confirmatis testamento. Palam est ex libris iuris, per codicillos ad testamentum factos, sive pertinentes, significari eos, qui non sunt facti ab intestato, sive quod sint testamenti appendices, ac sequela. Contra *confirmati testamento* dicebantur, quos testator testamento comprobaverat: Vide cap. 1. nostri comment §. 6 n. 1.

(b) Miror, a Boehmero negari, quod nedum ex aliis iuris locis, sed vel ex hoc ipso aperte apparet.

(c) Nisi prorsus caecutiveris. Ex integro titulo pandectarum de testamento militis placet tantum referre, quod Ulpianus tradit ex principum constitutionibus in l. 1. *Sequutus animi mei integritudinem erga optimos, fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quomodo volent: faciant, quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam* NUDA VOLUNTAS TESTATORIS. An, putaverit Boehmerus, testamenta quidem facere potuisse, quomodo voluerint, vel potuerint, non item codicillos?

firmati sint ; et ita heredis institutio ad testamentum praecedens referri debeat (a).

§. XVII.

Ulterius id illustratur.

Novam *conclusionem ex hisce fundamentis producit Ulpianus in* l. 3. pr. de testam. tut. *ubi dicit* : Testamento datos tutores accipere debemus, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. *Pro testamentario itaque tutore habetur, qui in codicillis antecedenter confirmatis scriptus est, quoniam in testamento datus videtur, ex quo inferunt*: confirmata quod fit in dispositione, censetur fieri in confirmante. *Gothofred. in* not. ad cit. l. litt. K. *Atque ad hunc casum nunc refero regulam iuris vulgatam* : quaecumque in codicillis scribuntur, perinde habentur, ac si in testamento scripta essent; l. 2. §. 2. de iure codicillorum, *quod de aliis, quam testamento antecedente confirmatis intelligi nequit, uti hactenus exempla allata evincunt. Idem repetitur in* l. 14. ff. eod. : codicilli pro parte testamenti habentur, *quod itidem de codicillis, ad quos testamentum mediante confirmatione se refert, est intelligendum; nam alioquin quoque heredis institutio directa in codicillis designata valeret, modo testamentum adesset, ut illud se ad codicillos haud referret. Id quod incongruum esse videtur ; et licet praedicti textus generaliter de codicillis loquantur, tamen loquuntur de eo, quod olim fiebat ut plurimum; quia ut plurimum in testamentis solebant confirmari* (b).

(a) Pudet refellere, quod cuique patet.

(b) Limpidam iuris doctrinam de codicillis confirmatis, ac non confirmatis exposuimus cap. 1. nostri comment. §. 10, ut frustra hic ea repetenda videatur.

§. XVIII.

Removetur dubium.

Equidem *contra haec, quae hactenus asserta sunt, obiici posset, quod licet confirmatio expressa deficiat, tamen illa semper subintelligatur, et tacite inesse videatur per* l. 3. §. 2. ff. de iure codicillorum, *ubi ICtus expresse ait*: Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. *Verum ICtus illud tantum evincit, codicillos non confirmatos nihilominus subsistere, et validitatem ex testamento consequi, ita ut hoc valente, illi quoque valeant, vel, ut dicit Paulus in* l. 16 in fin. eodem: ius sequuntur testamenti, *hoc scilicet praesupposito, ut de tali materia illic fuerit dispositum, quae ad codicillos quadrat, veluti, si legatum, si fideicommissum relictum sit. Aliud ergo est*, an codicilli non confirmati valeant ex testamento? *Id quod affirmatur, ut quod ita debetur, non tamquam ex testamento, sed tantum ex codicillis peti debeat: et aliud, an id, quod in codicillis hisce dispositum est, valeat, perinde ac si in testamento esset scriptum? quod negatur; atque ita tutoris datio, heredis institutio etc. in huiusmodi codicillis data, non subsistit, quae subsistere deberet, si regula in* §. *antecedenti adducta ad hunc quoque casum pertineret.* Clarius *declarat Paulus hoc ipsum in* l. 5 §. 14, de his quae ut indign. auf., *ubi ait*: Qui principale testamentum arguit, repellitur quoque a codicilliis ad testamentum factis, licet non confirmatis. *Ratio consequentiae haec est; quia enim codicilli valorem suum ex testamento habent, licet sint dispositio separata, tamen ex ipso, quo quis testamentum impugnat, impugnat simul codicillos, qui ex testamento valent. Breviter codicilli non confirmati separatam quidem dispositionem constituunt, sed tamen validitatem suam ex testamento an-*

tecedente consequuntur : confirmati vero plane testamentis inesse creduntur, ut quicquid in iis scriptum sit, in testamento scriptum credatur (a).

§. XIX.

Olim in codicillis ad testamentum factis non requirebantur testes.

Ut *vero appareat, qua ratione codicilli etiam non confirmati ius testamenti sequantur, et ex eo validitatem capiant, deveniendum nunc est ad illud ipsum, de quo principaliter hac disputatione agendum est, ut tamen quae dicta sunt, praemitti debuerint, quia sequentia alias sine his non recte intelligi possunt. Scilicet adeo olim codicilli etiam non confirmati sequebantur ius testamentorum, ut nullam plane solemnitatem propriam, et sic nec testes desiderarent, sed potius omnem virtutem suam ex testamentis traherent* (a). *Quod recte*

(a) Vide quae latius diximus loco cit.

(b) Confundit hic principio Boehmerus iuris regulam omnibus codicillis communem, factis tamen ad testamentum, sive confirmatis sive non confirmatis cum solemnitatis notione. Ait ergo eos olim propria' solemnia non habuisse, sed solemnes ex testamento censeri; quum vires ex eo caperent illiusque ius sequerentur. Verum haud animadvertit quid illud revera esset, *vires capere ex testamento, ius sequi illius*, quidve solemnium nomine in iure veniat. Quod ad primum attinet, codicilli ad testamentum facti ideo sequi dicuntur *ius testamenti*, ac *vires ex eo capere*, quod veluti illius appendices nequeunt consistere, nisi et testamentum constiterit; pars enim sine toto stare nequit; adeo ut rupto, irrito facto testamento, statim et codicilli evanescant: cap. 1. nostri comment. §. 9. Quod vero solemnia spectat, iam vidimus apud veteres sole-

animadvertit Bachovius ad ff. tit. de fideic. heredit. §. ult. verbo, qui in fideicommissis. *Constat id ipsum tum ex ratione antea dicta, tum imprimis ex indole propria epistolarum, quippe quas codicilli, ut hactenus evictum est, constituunt. Incongruum sane foret, testes epistolis adhibere, quippe quae ex natura sua propria sola scribentis voluntate per se contentae sunt, nec ullam solemnitatem desiderant* (a). *Et inde est, quod in toto digestorum iure haud legamus, umquam desideratum fuisse, ut testes in codicillis adhiberentur, id quod si eo tempore necessarium fuisset, vel saltem in unico loco, cum tot textus de codicillis ibidem occurrant, id indicatum fuisset, id quod tamen factum non est. In codice contra saepius testium fit mentio, licet rariores ibidem de Codicillis textus occurrant, quia ibidem novum ius constitutum est* (b).

---

mnes omnino non fuisse; non modo quod propria non haberent solemnia, sed nec solemnes unquam consideratos ex solemnitate testamentorum; hoc enim expresso iuri, ac rationi repugnat. Vide quae late diximus in nostra disput. consectaria. §. 3.

(a) Iterum hallucinatur quum non distinguit *solemnem testium praesentiam* ab illa *testium adhibitione*, quae nudam tantum voluntatis spectat probationem; primam quidem codicilli non exigebant, non item alteram; nam non recte conficitur, ideo testes codicillis non adfuisse, quod propria non haberent solemnia; solemnem enim testium praesentiam praescriptus eorum numerus facit. Nec refert, epistolarum nomine eos interdum in libris iuris appellari, ut idcirco testes iis non adfuerint. Sed vide quae hanc in rem plenius notavimus cap. 1. nostri comment. §. 3.

(b) Huiusmodi coniecturae occurritur cit. cap. 1. §. 3. num. 4. et seq.

§. XX.

Probatur id ipsum porro ex origine codicillorum.

Probatur *id ipsum ulterius ex prima codicillorum origine. Notum est, quod ICti, quos Augustus pro usu codicillorum introducendo in consilium advocaverat, maxime hac moti fuerint ratione, ut Augusto autores fierent de approbandis codicillis, quod scilicet* utilissimum et necessarium *hoc civibus fore crederent propter magnas, et longas peregrinationes, in quibus eis non semper integrum esset ob defectum testium condere testamentum, ut tamen hac ratione codicillos facere possent;* pr. Inst. de codicillis. *Revera itaque peregrinantibus non fuisset consultum, si quinque testes statim ab initio adhibendi fuissent, cum rarius accidat ut peregrinantes quinque testium, et quidem civium romanorum, qui olim erant necessarii, copiam habere potuerint. Ergo probabiliter inde concluditur, ideo hoc in commodum peregrinantium esse introductum, quia ita absque testibus disponerent per solas literas, quae ex se, et sua natura testes non admittunt* (a). *Huc respexit Paulus* in L. 8. §. 2. ff. de iure codicillorum, *aiens:* Codicilli toties valent, quoties quis testamentum quoque facere possit. Non tamen

---

(a) Perperam ex una re in alteram pene diversam argumentatur. Peregrinantium quidem utilitatis satis prospexerunt prudentes, quum codicillos non solemnes admitterent; at nulla caussa est, cur testium praesentia, et quidem praeter cives romanos, non desideraretur probationis caussa. Non ergo quod testium numerus non esset praescriptus nec necessaria videretur adhibitio testium civium romanorum, colligere poterat Boehmerus nullos omnino testes iis adfuisse.

hoc ita intelligemus, ut exigamus potuisse eum eo tempore, quo scribit eos codicillos, testamentum facere: quid enim si sufficientium testium facultatem non habuit? Sed si iure testamenti factionem habuit. *Quod si itaque sufficientium testium facultatem non habeat testator, poterat disponere codicillis, quippe qui nullos testes desiderarent, ut adeoque toties potissimum codicilli adhiberentur, quoties testator testium copia destitueretur. In hoc enim necessitas, et utilitas versatur, de qua antea imperator loquutus erat, quod propter illum usus codicillorum ab Agusto esset approbatus* (a).

§. XXI.

Probatur id porro ex L. 89 principio de legatis 2.

Ulterius *id ipsum liquido probatur ex L.* 89. pr. ff. de legatis 2, *ex qua casus talis potest deduci. Titius testamento filium, et uxorem heredes instituerat, simulque in eo significaverat, si quid obsignatum reli-*

(a) Non video, quid Bohemerus sibi velit ex hac Pauli sententia. Exponit Consultus, quemadmodum quis dicatur factionem codicillorum habere; atque ait eum facere posse codicillos, qui et testamenti factionem habeat, sive qui iure ad testationem admittitur. Non autem addit, hoc ita intelligendum, quasi eo tempore, quo scriberet codicillos testamenti factionem eatenus habere videatur, ut praesto sit solemnis testium numerus; nam testamenti factio non ad testium refertur adhibitionem sed ad iuris praescriptum, quo testandi facultas alicui permittatur. Ergone Paulus affirmare intellexit nullam testium praesentiam in codicillis adesse debere? Quid quaeso commune habet Pauli sententia cum quaestione de testium adhibitione in codicillis?

quisset, iure codicillorum valeret. Postea epistolam scribebat, qua quicquid filius in peculio habuit, ei donavit, et adiecit, praecipua haec eum, suique iuris, et post mortem habere velle; sed tamen haec epistola non erat obsignata; unde dubitatum fuit, an quae epistola continentur, ad filium pertinerent? Respondit ICtus: Si fides epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit. *Hic totam rationem decidendi quaerit ICtus in fide epistolae, si scilicet certum sit eandem a defuncto ad heredem emissam esse: quae ratio sane esset absona, et frivola, si testium sufficienti numero fuisset instructa; quia ita ex testium subscriptione satis de fide epistolae constitisset. At vero cum testes non adhiberentur, hinc saepe dubitari poterat de fide codicillorum, vel epistolae* (a).

Item ex L. 88 §. 17 *de legatis* 2.

Atque *huc quoque refero illius Lucii Titii testamentum, de quo mentio fit in L.* 88. §. 17. de legatis 2, *ubi dicit, se hoc testamentum suum scripsisse* sine ullo iuris perito, rationem animi sui potius secutus, quam nimiam, et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime, minusve perite fecisset, pro iure legitimo haberi debere hominis sani voluntatem. *Sane nimia illa, et misera diligentia potissimum in testium numero consistebat, quem neglexerat Lucius Titius, et cum unice suam voluntatem pro fundamento posuerat, et ex ea dispositionem valere volebat, non ex testium numero ipsa valere potuisset, qui probabiliter non ad-*

(*a*) Tantum abest, ut ex hac Consulti sententia ostendatur nullos codicillis testes adhibitos quin contrarium omnino probatur, ut vidimus cit. cap. 1. §. 3. n. 7. et seq.

fuerunt. Atque tamen hanc dispositionem valere ICtus ait, quia ex mente eius codicilli poterant induci (a).

Ulterior probatio deducitur ex L. 77. §. 23. de legatis 2.

Idem *porro evincitur ex* L. 77. §. 23. ff. de legatis 2. *ubi filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data* cum iurisiurandi religione *praestare rogaverat: quaerebatur, an cum testamentum* nullo iure *factum esset, tamen subsistere propter adiurationem accedentem? Quod affirmatur*; nam, *ait ICtus* enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbuntur. *Hic unice fundamentum ICtus quaerit in enixissima voluntate per adiurationem declarata, unde animus codicillos faciendi etiam colligi posset, neutiquam vero ex quinque testium numero decisio desumitur, cum probabile satis sit, testes nullos in ea specie fuisse adhibitos* (b).

(a) Huiusmodi species, quae a Scaevola refertur, eo pertinet ut licet testamentum veluti iniustum nullius momenti esset, transformata est tamen voluntas in eo declarata in codicillos ab intestato. Eius quidem rationem plenius attigimus cap. 1. nostri comment. §. 8. n. 2, ut propterea hic non sit repetenda. Ceterum quod attinet ad Boehmeri argumentationem non recte colligit ideo nullos testes in ea voluntate adhibitos, quod non iure facta diceretur. Deerat fortasse solemnis testium numerus in testamentis praescriptus; at hoc non efficit defuisse quoque testium adhibitionem pro voluntatis probatione.

(b) Idem repetimus in ac specie, quod de altera iam diximus. Dubitabatur porro, an iniuste tabulae converti possent in codicillos ab intestato. Numquam contendimus, facti speciebus intercessisse *solemnem quinque*

§. XXII.

Removetur dubium ex l. 8. §. 4. ff. de iure codicillorum.

Sed *removendum est aliquod dubium, quod posset contra hanc doctrinam moveri ex l.* 8. §. 4. ff. de iure codicillorum, *ubi ICtus ait*: si miles testamentum quidem ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli quaeritur; quoniam testamentum iure communi valet, nisi militiae tempore signaverit, vel quaedam adiecerit (*hoc enim facto potuisset etiam testamentum valere iure militari*) *respondet ICtus*: certe codicilli militiae tempore facti, non debent referri ad testamentum, sed iure militari valent. *Ex hoc textu colligitur, potuisse etiam codicillos iure militari valere* (a); *iam in eo potissimum inter dispositionem iuris communis, et militarem quaerenda differentia; quod illa testium sufficientem numerum, haec nullos testes desiderat, atque adeo codicilli militares ab illis, qui secundum ius commune facti erant, in eo olim hanc dif-*

---

testium numerum; hoc enim retulimus ad Theodosii constitutionem, ut nil ineptius, quam in veterum iurisconsultorum sententiis quaerere, an solemnia in codicillis adhiberentur; quum aperto iure constet, nullam prorsus solemnitatem eos desiderasse. Quod ergo non fuerint solemnes, non recte conficitur, nullos propterea testes adfuisse; diversa enim sunt solemnis testium praesentia a simpliciori illorum adhibitione, qua voluntatis probationi consuleretur. Expositionem autem huius legis sententiae, suo loco monuimus cit. cap. 1. §. 8. n. 2.

(a) Suavis profecto est huiusmodi coniectio, quasi dubitari posset, an codicilli umquam constiterint iure militari.

ferentiam agnovisse videntur, quod illi testes, hi nullos desiderent (a). *Verum in eo quaesivisse ICtum diversitatem colligitur ex ipsa decisione: videlicet codicilli ius testamentorum sequuntur, et validitatem ex testamento habent. Quod si ergo post testamentum rumpatur, vel aliter infirmatur, codicilli quoque subvertuntur. Ast vero hoc ipsum non contingere in huiusmodi codicillis militaribus ICtus ait, quippe qui se non necessario ad testamentum praecedens referunt, ut inde vires capiant, sed proprio iure subsistunt, iure scilicet militari. Unde a legatis, et fideicommissis in illis relictis non detrahitur falcidia, vel trebellianica, et testamento licet vel maxime ex post facto infirmato, adhuc subsistunt. Unice ergo in eo* κρινόμενον *erat, an tales codicilli se ita referrent ad testamentum, ut eius ius sequerentur? quod negatur.*

(a) Ridicula prorsus dubitatio. Nec codicilli facti iure communi, nec militari solemnes habebantur, ideoque haud desiderabant praescriptum numerum testium, quum lex solemnia iis non constituerit. Verum ea testium adhibitio, qua voluntas constaret, aeque in unis, ac in alteris necessario exigebatur; quin Paulus l. 40. de testamento militis aperte desiderat probationes legitimas in testationibus militum: *militibus*, inquit, *quoquo modo velint, et quomodo possunt, testamentum facere concessum esse* (quod ait de testamentis, intelligendum est quoque de codicillis, quum quantum ad iuris effectus inter sese non differant) *ita tamen, ut ita subsequutum esse* LEGITIMIS PROBATIONIBUS *ostendatur*. Ineptum ergo est quaerere discrimen quantum ad voluntatis probationem inter codicillos de iure communi, ac militari, quum probatio voluntatis aeque in unis, ac alteris legitime constare debuerat.

§. XXIII.

In codicillis ab intestato etiam nulli testes olim necessarii erant.

Atque *hoc quidem planum esse videtur in codicillis ad testamentum factis*; *gravior difficultas est de codicillis absolutis*, *testamento nullo extante*; *quia hic iure digestorum nondum determinatum reperio*, *utrum olim etiam hic testes necessarii fuerint*, *necne*? (a) *Huiusmodi codicillorum mentio iniicitur in l.* 16. *ff.* de iure codicillorum, *in qua tamen lege hoc asseritur*, quod tales codicilli nihil desiderent, sed vicem testamenti exhibeant; *quorum verborum non hic sensus est*, *quasi tales codicilli solemnia testamentorum ordinaria ad sui subsistentiam requirant*, *alioquin non amplius codicilli*, *sed testamentum perfectum forent. Verum comparatio codicillorum cum testamento hic tantum* secundum quid *instituitur*, *hoc sensu*, *quod sicuti testamentum per se subsistat*, *nec alterius adiumento ad sui validitatem indigeat*, *ita etiam tales codicilli absoluti hoc intuitu vicem testamenti exhibeant*, *et iure proprio subsistant. Et hac ratione in cit. l.* 16. nihil aliud desiderare *dicuntur*, *hoc est nec testamentum antecedaneum*, *nec testes. Nam cum etiam tales codicilli pro epistola ad heredem ab intestato scripta haberi debeat*, *haec vero per se nullos testes requirat*, *et praeterea in iure digestorum nullibi reperia-*

(a) Nihil apertius iure pandectarum, quam nulla iuris solemnia codicillis adscripta; quod sane omnia codicillorum genera complectitur, sive ad testamentum facta, sive ab intestato. Sed quemadmodum exinde non recte coniicitur, nullos testes adhibitos in factis ad testamentum, ita nec in confectis ab intestato.

tur, ut hoc casu testes adhibeantur, satis probabile est, codicillos absolutos olim nullos testes desiderasse (a). *Atqui huc etiam pertinet testamentum Lucii Titii, de quo agitur in* l. 88. §. 17. ff. de leg. 2. *quod supra iam explicitum, et simul dictum est, dispositionem illam per modum codicillorum ab intestato valuisse, ut ut nulli testes adfuerint* (b).

§. XXIV.

Plura codicillis postea sunt superaddita.

Atqui *haec quidem primis temporibus, ubi codicilli introducti sunt, obtinuerunt. Sed sicuti alias iura non semper ibi subsistere solent, ubi incoeperunt, ita sensim, et pedetentim nova forma codicillis superaddi coepit. Sic enim ex post facto remissum videtur, ut non praecise in forma solemnis epistolae dispositio codicillaris, sed aliis quibuscumque verbis fieret, qua praxi semel admissa, tandem etiam permissum est, ut absque scriptura, nuncupatione fieri posset*; l. 8. §. 3. C. de codicillis, l. 13. de ss. eccles. l. 3. pr. C. de bonis libert. *id quod tamen contra primam indolem codicillorum es* (c). *Hoc semel admisso haec nova forma codicillis superaddita est, ut etiam testes adhiberentur* (d).

(a) Redit ad vomitum, ad epistolarum nempe formulas. Quid autem revera in iure habeantur codicilli ab intestato, quave iuris norma regantur, vide quae diximus cap. 1. nostri comment. §. 7.

(b) Vide quae supra adnotavimus §. 21. ad citatam l. 88. §. 17. de legatis 2.

(c) Cap. 1. nostri comment. §. 4. latius quaestionem pertractavimus, an de iure veteri codicilli tantum fierent per scripturam, an etiam per nuncupationem.

(d) Etiamsi verum esset, ut codicilli per nuncupa-

Testes requisiti primitus fuerunt a Constantino in codicillis ab intestato.

Et *primitus quidem in codicillis ab intestato factis septem, vel quinque testium interventum requisivit Constantinus imperator, vel ut alii malunt, Constantius in* l. 1. C. Theod. de testam. et codicillis, *ubi ita disponitur*: in codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium, vel quinque interventum non deesse oportet; sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur: si igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. *Ex hoc textu apparet, et liquida redditur veritas eorum, quae in antecedentibus* §§. *latius deducta sunt, scilicet in codicillis olim nullos testes fuisse necessarios* (a). *Nam hic Constantius primum disponit in codicillis ab intestato testes esse adhibendos, ex eo scilicet fundamento, quod ad instar testamenti per se subsistant, et vicem eius exhibeant, ut dicitur in* l. 16. in fine de iure codicillorum. *Altera ratio est, quod absque testium numero codicilli saepius suspecti fieri possent, adeoque testium numero destitutos infirmos declarat. Hoc ipsum vero noviter ab eo constitutum esse ipsae rationes adductae, et contextus ostendunt, cum ad ius*

---

tionem introducti fuerint proximiorum imperatorum constitutionibus, quod strenue negavimus, falso tamen coniicitur, huiusmodi occasione solemnia quoque iure novo codicillis concessa; id enim ex alio prorsus principio repetendum. Vide quae diximus cap. 2. nostri comment. §. 1.

(a) Non recte colligit ex hac imperatoris constitutione, testes olim penitus non adfuisse codicillis; nam id tantum inferre licet, eos quidem non fuisse solemnes. Vide quae dicta sunt cap. 1. nostri comment. §. 1.

antiquum hic nullo modo provocetur , sed talia verba adhibeantur , quae indicant novum ius constitutum esse. Cum vero hanc formam codicillis ab intestato tantum praescripserit , reliquos codicillos ad testamentum factos in suo statu reliquit , ut valerent absque testibus , qui nec hic necessarii videbantur , cum proprio iure non subsisterent , sed vires ex testamento acciperent, et consequenter solemnia testamentorum ad codicillos traherentur (a).

§. XXV.

Tempore Diocletiani iam testes fuisse necessarios non probatur ex l. 22. C. de fideicomm.

Equidem *facile praevideo , contra haec quae hactenus asserta sunt , obiici posse , iam tempore Diocletiani testes in codicillis necessarios fuisse , quod facile probari posse putant ex* l. 22. C. de fideicomm. *ubi imperatores ita disponunt:* et in epistola, vel libello, vel sine scriptura , imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. *Verum qui ex hoc textu necessitatem adhibendi quinque testes in codicillis scriptis eruere conati sunt , inde decepti videntur , quod verba ultima ,* adhibitis testibus *ad totam legem pertinere crediderint , cum tamen ad ultimum casum, quando sine* scriptura *vel* nutu *fideicommissum relinquitur , tantum pertineant ; ita ut sensus sit , duplici modo posse fideicommissum relinqui , vel in* scriptis *per epistolam , vel libellum , vel* sine scriptis , *quo casu tamen necessario adhibendi testes , quia alias de voluntate fi-*

(a) Primum solemnia data sunt codicillis ab intestato, quippe qui testamenti naturam imitantur ; stetit sane ius vetus quantum ad codicillos ad testamentum pertinentes ad Theodosium usque , qui tandem propria solemnia omnibus codicillis constituit.

deicommittentis constare non posset, cum etiam miles, qui sine scriptis testatur, non aliter, quam adhibitis testibus disponere queat; §. 1. L. de milit. testam. *Inde egregie falluntur doctores, quando in hac lege quinarium testium numerum iam fundatum fuisse asseruerunt, cum tamen tempore Diocletiani nulli testes in codicillis per se essent necessarii; ex quo concludo, Diocletianum testes tantum suo tempore probationis caussa requisivisse, et duobus testibus contentum fuisse per* L. 12. de testibus, *non autem de quinario numero testium sensisse, ut authumat Finckelthaus* obs. 51. n. 9. *et Dn. Harprecht.* de remed. l. finalis. C. de fideicomm. c. 2. §. 17. n. 4. *licet enim alias post constitutionem Constantii quinarius numerus in ultimis voluntatibus pro legitimo habeatur, hoc tamen ad tempora Diocletiani referri nequit. Postquam vero Constantinus, vel, ut alii malunt, Constantius in tali casu quinque testes ad minimum requisivit, eatenus legi adductae Diocletianae derogare voluisse videtur* (a).

§. XXVI.

Tempore Theodosii nihil hic mutatum.

Videndum *nunc, an post tempora Constantii hic nova iurium mutatio facta fuerit. Equidem si* l. ult. §. ult. C. de codicill. *inspicimus, exinde planum fieri videtur tempore Theodosii generaliter in omnibus codicillis hoc receptum fuisse, ut quinque testes adhiberentur. Quamvis vero non negandum sit, dictam* l. ult. *esse Theodosii, tamen si iuxta codicem theodosianum examinatur, conspicuum redditur* §. ult. cit. l. *non esse Theo-*

(a) De hoc Diocletiani rescripto vide quae monuimus cap. 1. nostri comment. §. 3. n. 11.

dosii ; *vide* l. 7. C. theod. de testam. et codicill. (a), *sed, ut Iacobus Gothofredus in* not. ad cit. l. *animadvertit* , *illum esse a Triboniano subiectum* (b) ; *et sic si quid novi in hoc* §. ult. *continetur* , *illud non referendum ad tempora Theodosii* , *sed demum Iustiniani*.

§. XXVII.

An tempore Iustiniani testes generaliter requisiti fuerint.

Ergo *nunc demum videndum* , *an tempore Iustiniani novum ius hic introductum fuerit*, *ita ut in omnibus codicillis* , *sive ab intestato*, *sive ad testamentum facti fuerint* , *quinque testes adhibendi sint. Quod si communem doctorum opinionem intuetur*, *hoc asserendum videtur*, *quippe qui generaliter asserunt* , *in omnibus codicillis quinque testes necessarios esse. Antonius Faber in Cod. lib.* 6. *tit. defnit.* 2. *numer.* 17. *Carpz.* pag. 3. c. 4. def. 35. *Richter* p. 1. dec. 22. numer. 16 ; et *hinc quod in* l. ult. ff. de legatis 2. *dicatur* , *valere relictum nuda epistola* , *hodie correctum esse per ius novum dicit Carpz.* c. l. n. 4. *conf. Struvium* ex. 35. th. 17. *Bachov. ad Treutl.* vol. 2. disp. 13. th. 6. lit. a. b. modo per duos. Harprecht. vol. cons. 5. n. 2. *et in tract.* de remed. l. ult. C. de fideicomm. c. 2. §. 17. nu. 4. *Fundant se praelaudati doctores potissimum in* l. 28. §. 1. C. de testam. *ubi haec habentur* : Et sic testamentum vali-

---

(a) Iam longo sermone ostendimus cap. 2. nostri commen. §. 1. n. 5. , et seq. contra Triboniani obtrectatores, constitutionem de solemni quinque testium numero in codicillis ex Theodosio omnino repetendam , ut nullo pacto Iustiniano tribuenda videatur.

(b) Sinceram Iacobi Gothofredi sententiam exposuimus loc. cit. n. 6.

dum, et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneant. *Potissimum vero huc pertinent verba finalia, quae Tribonianus legi* ult. C. de codicillis *subtexuit his verbis*: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento quinque testes vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno, eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur. *Proinde etiam in mortis caussa donatione praecise quinque testes adhiberi debent*; l. ult. C. de mortis caus. donat.; *quin et imperator in* §. ult. de fideicomm. hered. *generaliter asserit, numerum quinque testium in fideicommissis legitimum esse, qualia utique in codicillis expediuntur. Hi textus omnes generaliter loquuntur, et sic omnes quoscumque codicillos complecti videntur. Denique hoc ipsum etiam confirmat* ordinatio Notar. Maximil. an. 1512 §. et debent notarii.

§. XXVIII.

Non confirmati codicilli requirunt quinque testes ex Iustiniani lege.

Verum *quemadmodum supra* §. 14. et seq. *diximus, codicillos ad testamentum fieri posse duplici ratione* (1) *absque confirmatione praecedente* (2) *confirmatione testamentaria antecedente, ita ut hi pro parte testamenti haberi debeant, non item simpliciter illi, ita omnino inquirendum, an utroque modo factos codicillos Iustinianus sub nova sua dispositione comprehendere voluerit? Equidem de non confirmatis admittere possumus, illos quoque sub nova Iustiniani constitutione contineri, partim quia Iustinianus satis generaliter loquitur, et sic novi quid post legem Constantii introducere voluisse videtur: partim etiam, quia tales codicilli non confirmati separatam dispositionem includunt*

nec ita ad testamentum confirmati. Atqui in hoc omnes ad unum communiter consentiunt (a).

§. XXIX.

Varia opinio doctorum de quaestione, an codicilli confirmati requirant testes.

De *confirmatis itaque nunc videndum, an non hi etiam quinarium testium numerum desiderant ex iure Iustinianeo? Quod asserunt Hieronymus Schurfius* cent. 2. cons. 48. num. 7. et seq. *Modestinus Pistor* vol. 1. cons. 44. *Thomas Herbaius* rer. quotid. cap. 8, *quorum rationes concludentissimas esse asserit Dn. Ferdinandus Christophorus Harprecht* vol. 1. cons. 5. num. 63. *confer. Hilliger.* ad Donell. lib. 7. cap. 17, *et allegati a Besoldo ad ius prov. Wiirt.* disp. 3. th. 156. *Ipse praelaudatus Dn. Harprecht* cit. cons. num. 64.

(a) Ex non intellecta sincera iuris romani doctrina in codicillis confirmatis, ac non confirmatis, parum est, ut Theodosii legem penitus non perverterint. Non eo spectabat codicillus confirmatus, ac non confirmatus, ut non confirmatus *separatam* constitueret testationem, ut loquitur Boehmerus, a testamento; omnes enim aeque partes illius intelliguntur, ac sequela, nec nisi ex testamento constabant; sed ut adhibita fictione iuris ad codicillos confirmatos saltem perduceretur datio *legatorum*. Hinc confundere veterem doctrinam cum novo iure de codicillorum solemnibus est quidem abuti legum sententiis, iurisque normam pervertere. Hoc ergo discrimen inter confirmatos, et non confirmatos haud pertinet ad codicillorum solemnia, veluti iure novo constituta sunt. Sed latius hanc quaestionem pertractavimus in nostra disp. consect., ut nil hic adiiciendum videatur.

distinguit inter ius iustinianeum, et consuetudinem universalem Germaniae, ita ut secundum hanc testes quidem non sint necessarii, bene tamen secundum illam (a). *Sed non desunt quoque, qui non eo usque novam Iustiniani legem extendendam esse existimant, inter quos principatum gerunt Bardili de scheda testamentaria*, cap. 5. §. 3. et 4. *Donellus* cit. loco lit. *g. Besoldus* cit. loco th. 155.

§. XXX.

Probatur opinio negativa.

Et *hanc posteriorem sententiam omnino iuri iustinianeo conformem esse arbitror, si illa ipsa argumenta quae supra* §. 15. *de utilitate confirmandi codicillos adducta sunt, in medium adhibeantur. Constat ex illis, quod tales codicilli revera testamento inesse credantur, pro parte testamenti reputentur, et quicquid in huiusmodi codicillis disponitur, pro disposito in testamento habeatur. Quid ergo opus foret nova solemnitate, cum tamen testamentum ad hos codicillos trahatur* (b)? *Et hoc intuitu quoque Iustinianus in* l. ult. C. de codicillis *expresse hanc addit limitationem*, excepto testamento,

---

(a) Recte quidem Harprechtus, quum noluerit referre ad ius commune quod peculiaribus Germaniae moribus receptum est; obstant enim expressa constitutionis verba, adeo ut vel legem omnino tolli necesse sit, vel si eam stare velis, opus est ut fatearis solemnia aeque in codicillis *confirmatis*, ac *non confirmatis*.

(b) Fabulae: solemnia nempe unius voluntatis, naturaliter fieri nequit, ut ad aliam transferantur. Sed ne hic repetantur quae alibi plenius dicta sunt, quicquid Boehmerus profert in proposita quaestione, longius pertractatum comperies in nostra disputatione consectaria, ut nihil prorsus hic addendum videatur.

indigitans se de testamento in praedicto §. *non disponere , sed de eiusmodi dispositionibus , quae plane ad testamentum referri nequeunt , quorsum tamen omnino hi codicilli pertinent , qui pro parte testamenti habentur . Ipse Maximilianus in* ordinat. Notar. anno 1512. c. l. *huc etiam , ni fallor , respexisse videtur , dum restrictive loquitur hoc modo :* Verum in codicillis scilicet , in quibus sine declaratione , vel institutione heredis post mortem alicuius praecipitur a suis heredibus aliquid consignari etc. *Quae verba hanc commodam admittunt interpretationem, scilicet hic agi de eiusmodi codicillis , in quibus heres non constituitur, aut declaratur. At vero tales sunt codicilli non confirmati, cum in confirmatis hoc licitum esse supra plenius dictum sit.*

§. XXXI.

Codicilli confirmati non sunt comprehensi sub l. ult. §. ult. C. de codicillis.

Et *sane cum hic codicilli specialem suam rationem, et naturam habeant, et se expresse referant ad testamentum, hoc vero illos sua confirmatione includat, non potest dici illos esse sub cit. l. fin. C.* de codicillis *comprehensos , ut ut lex satis generaliter loquatur , cum non semper leges generaliter loquentes , generaliter sint intelligendae. Quin ne quidem in dubio mutatio praesumitur, multo minus si praegnantissimae rationes in contrarium sint , illa statuenda , sed potius iuri veteri , quantum fieri potest , insistendum. Et hunc in finem in antecedentibus tam operose ostendere necessum habui , antiquitus codicillos nullos requisivisse testes , sed paulatim eorum numerum esse introductum , adeoque demum novi iuri adscribendum , ut eo fortius declararem , non satis recte* legem ultimam C. de codicillis *generaliter licet loquentem, generaliter intelligi. Huc etiam faciunt alia argumenta, quae Bardili* cit. l. *pro validitate schedae testamentariae absque*

testibus confectae adducit; quae tamen hinc inde iam adducta sunt.

§. XXXII.

Haec sententia et praxi, et iuri iustinianeo respondet.

Atque *ita ex hactenus dictis apparet, non tantum secundum praxin hodiernam, uti quidem putat Dn. Harprecht* cit. cons. 5, *sed etiam secundum leges iustinianeas codicillos testamento confirmatos nullos requirere testes, et in eo a reliquis codicillis differre. Nam etiam pleraque argumenta, quae a viro eruditissimo afferuntur, ex iure communi sunt desumta, sicuti etiam plerique doctores, quos plena manu adducit, ad ius commune provocant. Praesertim nervose Brunemannus ad* l. 38. ff. de conditionibus, et demonstrationibus *huc collimat, ubi ait:* Si testator in testamento se referat ad epistolam, valebit legatum in epistola relictum; quia in testamento videtur relictum per relationem. *Hoc intuitu illustr. dn. Stryk. de caut. testam. c. 2. §. 12. hanc confirmationem commendat, veluti si addatur:* Quicquid codicillis, schedulis, quibusve literis scriptum reliquero, ita valere volo, ac si in hoc ipso testamento comprehenderetur; nam vi huius clausulae, *ait*, ex testamento suam subsistentiam recipiunt schedulae omni alia solemnitate destitutae. *Atque secundum hanc sententiam anno* 1705. *nuper pronunciavit illustris Dn. Strykius, quod responsum cum nobis ab ipso gratiose communicatum sit, hic addere lubuit.*

Facti species

Antonius *Baily anno* 1673 *testamento suo prae aliis instituerat heredem Iohannam filiam suam ex pri-*

mis nuptiis habitam; atque adiecerat, quod si nubtis ea mansisset, ne bona extra familiam disperderentur, velle, ut ea omnino propinquis relinqueret, fratribus nempe, ac sororibus. Defuncto autem testatore quum Johanna numquam nupsisset, anno 1679 *suum condidit testamentum; quo patris voluntatem sequuta instituit in bonis, quae sibi ex eius hereditate obvenerant, una cum fratre filios, filiasque ex sorore iam defuncta. Tum addidit: quicquid se extra testamenti tabulas reliquisset sua manu subscriptum, ratum omnino haberi velle, perinde ac si in ipso testamento contineretur. Postea* 7. *kal. novembris* 1701. *codicillis, seu schedula subscripta manu sua, ac duorum testium vetuit, ne portio hereditaria Dionysio fratri suo relicta ab ipsomet administraretur, sed fructus tantum ei praestari debere; ut ita prospiceretur utilitati filiorum illius, ut latius apparet ex testamento apud acta prodito. Defuncta testatrice quum Dionysius oppugnasset novissimam legem in schedula conscriptam, factus est idcirco controversiae locus.*

Quaestio

An *schedula condita anno* 1701. *ob clausulam in testamento expressam iure valeret?*

Rationes dubitandi.

Proponebatur *quidem schedulam non valere ob defectum testium; satis enim non videbatur duorum testium praesentia, quum exigatur quinque testium numerus ex* l. ult. C. de codicillis, *Carpz.* p. 3. c. 4. def. 35. *Ricther* p. 1. decis. 62. n. 17. *Quod adeo verum est, ut licet legatum aliquod in epistola, vel schedula relictum fuerit, hoc tamen non aliter subsistat, quam quinario testium numero adhibito; Brunnem. ad* l. fin. pr. de legatis 2. *Petr. Gregor. Tholos.* in syntagm. iur. univers. lib. 41. c. 18.

in fine. *Etenim quod tam caute legibus praescriptum est, per indirectum tolli videretur, viaque fraudibus aperiretur; ut praesertim hoc casu affirmat, et urget Hieron. Schurffius* cent. 2. cons. 48. n. 8.

Et quamquam testatrix Joanna Baily testamento adiecisset clausulam reservatoriam, qua iusserat, ut quicquid post testamentum scripsisset, ita ratum haberetur, ac si scriptum esset in ipso testamento, tamen responderi potest, quod nemo possit cavere, ne leges in suo testamento valere debeant; l. 55. ff. de legatis 1. *maxime in tali negotio, ubi leges aliquid pro forma requirunt; Schurff.* cit. loco. *Et ita quamplures scriptores contendunt, inutiles prorsus esse huiusmodi schedulas sine quinque testium adhibitione; Hillig. ad Donnell.* lib. 7. cap. 19. lit. g. *Modestin. Pistor.* vol. 1. cons. 44.

Rationes decidendi.

Verum *nedum ex iure communi, sed usu quoque probatum, ut liceat testatori in testamento se referri ad unam, vel plures scripturas, in quibus vel iam scripserat, vel scribet nomen heredis, vel legatarii: quo casu in huiusmodi schedula haud exigitur adhibitio vel quinque, vel septem testium; sed satis est, si certe constiterit, eamdem illam esse schedulam, de qua senserit testator, sive iam scripta fuerit schedula tempore conditi testamenti, sive adhuc scribenda*; l. 77. hered. instit. *Bardili* de testam. nuncupat. th. 28. *Besold.* cons. 203. n. 16. *Hoc autem potiori ratione admittendum videtur, quum schedula, ad quam testator se referat, non contineatur institutio heredis, sed quid aliud, ubi minor solemnitas requiritur. Quare clausula reservatoria in praesenti testamento efficere debet, ut quicquid testatrix per schedulam manu sua subscriptam adiicere intellexerit testamento, ex virtute factae in testamento relationis, non secus ratum habendum sit, ac si revera in testamento ipso contineretur; si enim testator in testamento se referat ad epistolam, valebit le-*

gatum in epistola relictum, *quia in testamento videtur relictum per relationem ad epistolam*; *Brunnem.* ad l. 38. de condit., et demonstr. n. 1. *Imo expressa per relationem*, *expressa dicuntur in specie*, *ac si in referente fuissent inserta*; arg. l. 2. §. 2. ff. de iure codicillorum *Gars. Mastrill.* decis. 190. n. 5. *et paria censentur aliquid in testamento exprimi specifice*, *vel per relationem ad aliud*; *card. Mantic.* de coniect. ult. vol. l. 4. tit. 3. num. 11. Brunnem. ad l. 25. de reb. dub. num. 2. *adeo ut relatum sit pars referentis*; *card. Tusch.* pract. concl. tom. 6. lit. R. concl. 129. n. 2. *Barbos.* Thes. loc. comm. lib. 16. c. 23. ar. 16. *Supervacanea quippe videtur adhibitio quinque testium in huiusmodi adiunctis*, *sive scripturis*, *quum nullus testis legibus desideretur*; arg. l. Theopompus 14. ff. de dot. praeleg. l. fin. pr. de leg. 2. l. 6. C. de codicillis l. 18. ff. de iure codicillorum. *Quae opinio nedum confirmatur quotidiano usu*, *sed defenditur a celebrioribus doctoribus*; *Bardili* disput. de scheda testament. c. 5. §. 3. seqq. *Brunnem.* ad l. f. pr. ff. de leg. 2. num. 4. *Ernestus Cothmannus* vol. 5. cons. 33. *Besold* in delib. pandect. lib. 28. et 29. n. 8. in f. *Harprecht.* vol. 1. cons. Tubing. integro 5.

Responsio ad rationes dubitandi.

Quibus *non obstat*, *quod in codicillis quinque testes requirantur*, *nam hoc de codicillis absolutis*, *et per se subsistentibus*, *non vero de illis*, *qui propter relationem pars testamenti esse videntur*, *intelligendum est*; *atque adeo implicite testes iidem*, *qui testamento adfuerunt*, *hic quoque adfuisse videntur*. *Alexand.* lib. 7. cons. 4. n. 6. in f. *Neque dixeris*, *quod ita fraudibus locus concedatur*, *quia hoc locum non habebit*, *nisi in relato nulla adsit suspicio falsi*, *ut in casu evidentissime apparet*; *Harprecht.* cit. l. num. 80. *Ut ut autem aliquibus doctoribus placuerit contrariam tueri sententiam*, *eorum ta-*

men opinio nec iuri consentanea est, nec moribus nostris, ideoque respuenda est.

Decisio.

Ex *quibus facile constat, adiunctum de anno* 1701. *factum testamento, ratum, validumque omnino censeri.*

§. XXXIII.

Sufficit, si confirmati codicilli sint in testamento nuncupativo

Parum *autem referre existimo, utrum testamentum quod codicillos confirmat, sit scriptum, an vero nuncupativum. Nam et scriptos codicillos ad testamentum nuncupativum fieri posse nullum habet dubium* l. f. ff. de iure codicillorum. *Debet tamen ante omnia constare, quod testator nuncupative codicillos coram testibus nuncupaverit, veluti si dixerit:* si praeter hanc meam testationem codicillos scripsero, vel reliquero, eos ratos esse volo, perinde ac, si quicquid in illis scriptum erit, nunc proprio ore pronunciassem. *Quod si itaque a notario instrumentum publicum desuper factum fuerit, res plana est, si modo constat de fide codicillorum vel ex subscriptione, vel quod testator illos codicillos sua manu conscripserit. Tunc recte hic applicamus, quod imperatores aiunt in* l. 6. C. de codicillis: confirmatione codicillorum munitus nullam iustam gerere sollicitudinem legatarius debet (a).

(a) Perperam interpretatur hoc rescriptum imperatorum. Vide cap. 1. nostri comment. §. 11. num. 2.

§. XXXIV.

Hinc subsistere potest dispositio, cui clausula codicillaris adiecta, licet testes quinque deficiant.

Ex *praemissis nunc ulterius concludi potest, subsistere aliquando posse dispositionem, cui clausula codicillaris adiecta, licet ne quidem quinque testes adsint, hisce tamen concurrentibus requisitis, si scilicet testator antea solemne testamentum fecit, inque eo codicillos confirmavit; deinceps vero testamentum aliud condidit, quamvis ob defectum testium iure destitutum, clausula tamen codicillari munitum fuerit. Hic enim certum est prius testamentum non rumpi per posterius, cum nullum sit*; §. pen. in f. Inst. quib. mod. testam. infirm. *posterior tamen dispositio subsistit iure codicillorum, qui cum antecedente testamento iam sint confirmati, etiam subsistent, licet ne quidem quinque testes adfuerint. Unde quando doctores communiter asserunt, clausulam codicillarem nihil operari, si ne quidem quinque testes adhibiti fuerint. Struvius* ex 34. th. 66. *hoc intelligendum est de illa dispositione, quae testamento non confirmata est* (a).

(a) Facile fuit Boehmero ex uno in alium progredi errorem, illumque absurdiorem. Iniusta, vel imperfecta testamenti scriptura, quae per clausulam *codicillarem* convertitur in codicillos ab intestato, ut vidimus cap. 1. nostri comment. §. 8. non video, qua iuris ratione constare possit ex confirmatione habita in priori testamento. Etenim idem est converti scripturam in codicillos ab intestato, ac successionem ab intestato haberi. Quomodo autem Boehmerus in specie proposita haec duo diversa simul componet, nimirum codicillos ab inte-

§. XXXV.

Quandoque ex accidente testes sunt necessarii.

Ceterum *ut ut hactenus testium numerum ad substantiam horum codicillorum non necessarium esse diximus, tamen constare utique debet de codicillorum veritate, adeoque si de ea dubitatur, probatio omnino est necessaria, de qua cum plenissime egerit Bardili,* de scheda testament. c. 3. *meditationem nostram ad illam dirigemus. Interim ad hanc certitudinem consequendam quandoque* ex accidente *testes requiruntur, si forsan codicilli a caeco, vel imperito literarum conditi fuerint. Nam sicuti testamentum caeci non aliter subsistit, quam si id ipsum coram omnibus testibus legatur, aliis duobus testibus simul chartam inspicientibus, ut recte annotat Brunnemannus ad* L. 8 C. qui testamenta facere possunt, *ita quoque si caecus huiusmodi codicillos confirmatos condere vellet, praelectio testibus adhibitis hic quoque non esset negligenda. Interim cum testes hoc casu ad certitudinem codicillorum spectent, ut exinde constet, nihil contra voluntatem codicillantis in iis scriptum esse, sufficere crediderim, si praeter praelectorem alii duo testes simul chartam inspicientes praelectioni adhibeantur, et coram illis testator declaret, omnia, quae ipsi praelecta essent, voluntati suae conformia esse, ut deinceps documentum*

---

stato cum testamento? Vel qui fiet, ut codicilli ab intestato constare possint ex testamento, duasque oppositas successiones uno tempore coniungi? Itaque quum testamenta per clausulam transformantur in codicillos ab intestato, non secus hoc stare poterit, quam si saltem adhibita sint ea solemnia, quae propria sunt codicillorum. Vide quae diximus loc. cit. n. 13.

factae praelectionis subscriptione testium illorum munitum anneceretur, hac forsan ratione, quod hic codicillus nobis praesentibus lectus sit testatori, quando simul chartam inspiceremus; et quod deinde testator declaraverit, ut quicquid lectum esset, sciptum quidem sit secundum eius voluntatem, et ita testamur nostris subscriptionibus, ac signis. *Hallae* 28. augusti 1707.

Dubium removetur

Equidem *hic in contrarium urgeri posset, quod imperator expresse in* L. 8 C. qui testamenta facere possunt *disertis verbis eadem solemnia in codicillis caecorum requiret, quae in testamentis eorum necessaria sunt, quod planum esse videtur ex verbis sequentibus:* Quae in eumdem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum, vel fideicommissa, et in summa quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda; *quod etiam confirmat* ordinat. Notar. de an. 1512; *atque proinde in codicillis caecorum quoque octo testes requirunt Carpz.* P. 3 c. 6. def. 5 *Franc. Barry* de succes. lib. 1. tit. 6 num. 2. *Alciat.* lib. 9 cons. 32 num. 1. *Verum rectius alii haec verba non simpliciter capienda esse asserunt, sed potius tantum ad praelectionem hic quoque faciendam pertinere contendunt* (a). *Vid. D. Stryh.* de iure sens. diss. 2.

(a) At cur rectius id contendunt? An rectius leges interpretari is dicetur, qui magis ab aperta eius sententia aberraverit? Si Imperator eadem omnino solemnia tribuit huiusmodi codicillis, ac testamentis, qua fronte eorum tantum partem codicillis accommodaverimus? Porro non video, quemadmodum ea legis sententia cavillationibus subiaceat.

cap. 3 num. 28 et seq. *Quamvis ad praesentem speciem, ubi codicillos confirmatos supponimus, id non aliter, quam quoad praelectionem faciendam pertinere rationes antea adductae suadent. Idem quoque simili ratione observandum erit in codicillis confirmatis imperitorum literarum, cum et hic praelectio sit necessaria, uti pluribus demonstravit D. Praeses* diss. de testamento non praelecto, *quorsum h. l. remitto.*

CAPUT II.

De Codicillis ab intestato sine testibus validis

§. I.

Transitus ad codicillos ab intestato sine testibus validos

In *capite praecedente ostensum est, in codicillis confirmatis testamento nullos testes esse necessarios, in reliquis autem codicillis quinarium numerum testium ab imperatoribus noviter introductum esse. Ut ut vero haec regulariter ita se habeant, tamen non desunt casus, ubi etiam in codicillis ab intestato, et non confirmatis* (a) *testes vel nulli vel pauciores, quam quinque desiderantur, quos in hoc capite excutiemus, potissimum mentionem facientes codicillorum ab intestato, quia si de his probatum erit, quod absque testibus valeant, simul constabit, eosdem quoque ita valere, si ad testamentum facti fuerint.*

(a) An fingi poterit codicillus ab intestato idemque testamento confirmatus? Notio codicilli ab intestato eo spectat, ut codicillus fiat sine testamento; non ergo admittere potest confirmationem in testamento; quum repugnet quid fieri sine testamanto, et cum testamento eodem tempore.

§. II.

Primus casus ex l. f. C. de fideic. proponitur.

Primus *et illustrior casus est in* l. ult. C. de fideicommissis et §. ult. Inst. de fideicommiss. hereditat. *ubi Iustinianus noviter disposuit, quod si testator heredis ipsius fidem elegerit, et coram eo conceptis verbis nuncupaverit, cui legatum vel fideicommissum relinquere vellet, hoc omnibus modis valere debet, licet nemo penitus testis intervenerit, quatenus heres iurare non potest, se nihil tale quid a defuncto audiuisse, de qua specie dispositionis egregium tractatum edidit Dn. Harprecht de* remedio legis ultimae C. de fideicommissis.

§. III.

Quaestio proponitur, an in l. cit. ult. Codicilli occurrant

Cum *vero hic de codicillis tamen soliciti simus, praeiudicialis quaestio ante omnia examinanda est, an etiam in hac dispositione species aliqua codicillorum occurrat, quod a paucioribus observatum esse memini. Ipse praelaudatus Dn. Harprecht hanc dispositionem vocat* remedium l. ult. C. de fideic. *alii* provisionem imperatoris; *vid. Dn. Harprecht* cit. l. C. 1. §. 3. *Sed sicuti hi termini nimis generales sunt, et tantummodo ius agendi ex* cit. l. ult. *designant, ita exinde non constat, quorsum haec dispositio referenda sit, an ad codicillos, an vero novam speciem ultimae voluntatis a reliquis diversam constituat, nam et inter ultimas voluntates a doctoribus refertur; vid Ludvel de* ult. volunt. pag. 2. cap. 5. *dn. Harprecht.* cit.

tr. cap. 1. §. 8. n. 12. *quorsum etiam imperator ipse collimat in* §. ult. inst. de fideic. hered. *aiens*: Ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. *Sic ergo est species ultimae voluntatis, uti omnino est, vel ordinariis speciebus accensenda, vel nova species dicenda erit. Ast hoc ultimo casu diversitates prius adducendae sunt.*

§. IV.

Dispositio l. fin. cod. de fideic. continet codicillos nuncupativos.

Verum *omnino existimo hanc ipsam dispositionem nil, nisi meros codicillos nuncupativos continere, et propterea commode huc referri posse. Postquam enim receptum est, codicillos etiam posse sine scriptis adornari, forma primaeva codicillorum satis mutata est, ut adeoque sine ulla haesitatione omnes alias dispositiones sub nomine codicillorum complecti debeamus. Inprimis autem dispositio praedicta in classem codicillorum nuncupativorum vel ideo referenda est, quod ad naturam primaevam eorum quam proxime accedat. Sicuti enim codicilli in prima sua origine nihil aliud erant, quam* literae ad heredem scriptae, quibus testator ad heredem sermonem conferebat, *ut dicitur in* l. 14. ff. de iure codicill. *et ita quasi cum herede loquebatur per epistolam, ut dicitur in* l. 75. pr. ff. de leg. 2. *conf. Gothofredus in* not. ad cit. leg. lit. 1. *Ita quoque imperator dispositionis* legis ult. *essentiam in eo collocat, quod defunctus fidem ipsius heredis elegerit, et ita coram cum eo locutus fuerit, in scriptis codicillis itidem testator cum herede, vel a quo alias legatum vel fideicommissum relinquit, loquitur. Propius itaque adhuc hi codicilli ad naturam primaevam codicillorum respiciunt, quam illi; qui extra praesentiam heredis sine scriptis coram quinque testibus fiunt, ubi nequidem*

cum herede loqui videmur, cum sermones misceamus coram cum praesentibus, non absentibus. Accedit, quod ipse imperator in §. ult. inst. de fideicom. hered. *se ipsum ad Augustum, primum codicillorum approbatorem referat, et hac nova dispositione hunc principem superare contendat; id quod ideo fecisse videtur, quod Augustus tantum codicillos scriptos, et in eis data fideicommissa absque testium interventu approbaverit, ita ad huius exemplum Iustinianus etiam codicillos nuncupativos ad heredem praesentem directos absque testibus valere voluerit. Ut enim codicilli nuncupativi ante Iustinianum iam cogniti erant, tamen ex lege Constantii certo modo testium numerum requirebant, et hoc intuitu Iustinianus novi quid hac dispositione introducebat, ab Augusti lege diversum. Denique imperator ipse adiungit, perinde esse debere, sive quinque testes adfuerint, vel pauciores, vel nemo, et praeterea differentiam superaddit, cur in his codicillis nulli testes requirantur, sicuti in aliis, quia scilicet in aliis testium praesentia etiam ad probandum est necessaria, quali probatione hic non est opus, cum heres ipsemet veritatem dicere compellatur,* cit. l. ult. vers. cum enim res, *quae omnia clare evincunt, imperatorem semper supposuisse, talem dispositionem ad codicillos utique referendam esse. Haec si dd. qui de genere actionis litigant, accurate perpendissent, facile omnem superassent difficultatem, cum quae ex codicillis dentur actiones, expediti iuris sit* (a).

(a) Plura hic congerit Boehmerus vel falsa, vel aliena. Sed vide quae diximus de hac Iustiniani constitutione cap. 2. nostri comment. §. 1. n. 10. et disput. consect. §. ult. n. 3.

§. V.

Fundamentum l. ult. C. de fideic. eruitur.

Ex *his nunc praesuppositis intellectus* cit. l. ult. *quae alias magna difficultate laborare creditur, Sichard. in* C. in pr. ad cit. l. *Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Fusar.* cons. 83. nu. 34. in f. *satis planus et perspicuus redditur. Desudant imprimis interpretes in genuino fundamento huius dispositionis, in quo adeo variant, ut dn. Harprecht* cit. tr. de remed. l. ult. C. de fideic. c. 2. §. 7. seqq. *quindecim diversas opiniones recenseat, et examinet, quibus difficultatibus haec una assignanda est ratio, quod plane haesitaverint, quorsum haec dispositio referenda esset, praesertim cum etiam plurimi vix accuratum de codicillis sibi conceptum formaverint. Alii quippe fundamentum* ex promissione heredis, *alii* ex mendacio et negatione heredis, *alii* ex sola praesentia *heredis, alii aliunde deduxerunt. Scilicet ex evicto conceptu huius dispositionis evidens est, fundamentum horum codicillorum absque testibus validorum in eo unice quaerendum esse, quod defunctus coram cum herede locutus sit, et ita fidem eius elegerit, vel ut dn. Harprecht* cit. tr. C. 4. §. 10. seqq. *loquitur, ut in praesentia heredis voluntatem suam declaraverit, quod ut plurimum ita fieri solet, ut verba ipsa ad heredem dirigantur vel* explicite, *vel* implicite, *h. e. ita et ea intentione a testatore proponantur, ut ab herede audiri possint. Et hoc tum ipse conceptus codicillorum, tum contextus* cit. l. ult. *satis docent, dum loco praesentiae testium praesentiam heredis Iustinianus sufficere credidit, quod et indicant variae formulae in* cit. l. *adhibitae, veluti* : dum ipse sibi iudex et testis inveniatur, *item* quod heres dicere compellatur veritatem, adeoque nullus locus amplius testibus relinquatur, *porro*, quemadmodum ad

extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta? *Quin ipse imperator in* §. ult. I. de fideicomm. hered. *adhuc clarius mentem suam declarat; dum ostendit, quid heres in casu negationis iurare debeat, scilicet* quod nihil tale a testatore audiverit. *Quod itaque primario iuramento adseri debet, hoc est fundamentum actionis, et sic fundamentum ipsius dispositionis, ex qua agitur: conf. illustr. dn. Stryk.* de caut. testam. c. 21. n. 1. §. 39. seqq. *Et quos congessit dn. Harprecht.* cit. l. c. 11.

§. VI.

Non praecise requiritur, ut testator sermonem dirigat ad heredem.

Sic *itaque praesentia heredis omnem supplet defectum testium, sive specialim ad hoc a testatore evocatus sit, sive sponte adfuerit. An autem praecise requiratur, ut disponens sermonem suum dirigat ad eum, quem fideicommisso vel legato gravare voluit, itidem disquiritur? Sane codicillorum natura primaeva ita videtur fuisse comparata, ut testator per codicillos loqueretur cum herede, uti* §. 4. *dictum est. Verum sicuti in* cap. praeced. §. 13. *dictum est, postea etiam introductum esse, ut etiam codicilli ad personam honoratam dirigi possint, ita in codicillis nuncupativis idem admittendum esse arbitror, quia sic* per indirectum *cum ipso herede sermonem miscuisse videtur, quod etiam suo calculo approbat dn. Harprecht.* cit. l. §. 16. *Porro ut ut imperator tantum principaliter supponat casum, quo testator nuncupative voluntatem suam heredi declaraverit, tamen et tunc quoque codicillos scriptos sine testibus subsistere autumo, quando illos praesenti heredi tradit, et simul eidem iniungit, ut voluntati suae in codicillis traditis manifestatae satisfaciat. Hoc ipso enim, quo se refert ad codicillos traditos, in-*

effecta iuris suam ei voluntatem declarasse videtur, *Bardili* de testam. nuncupat. th. 25. et 28. *Bartolus* ad l. ult. c. de fideicom. n. 5. *dn. Rivinus* in enunc. iur. tit. 18. enunc. 6.

§. *VII.*

Valent hi codicilli absque testibus.

Hac *ratione concinnati codicilli valent*, *licet vel maxime nullus testis intervenerit*, *uti clare decidit imperator in* cit. l. ult. *et* §. ult. I. de fideicomm. haered. *quod et hodie adhuc in praxi obtinere dd. unanimiter fatentur. Vide dn. Stryk* de cautel. testament. cap. 21. memb. 1. §. 38. et de success. ab intest. dissert. 7. cap. 4. §. 34. *dn. Harprecht* cit. tract. cap. 1. §. 1. num. 11. et seqq. *Quodsi itaque heres illud non neget*, *sed defectum testium alleget*, *nihilominus solvere legatum vel fideicommissum adstringitur*. *Si vero heres negaverit, tale quid a testatore se audivisse*, *tunc legatarius vel fideicommissarius ei deferre potest iuramentum*, *praestito prius iuramento calumniae*, *id quod si praestare recusaverit*, *solvere omnino cogendus est*, *quia aliter de veritate constare nequit.*

An iuramentum sit necessarium, si praeter heredem duo vel tres adfuerint testes.

Unde *disquirunt*, *an hoc iuramentum necessarium sit*, *si praeter heredem duo vel plures testes simul praesentes fuerint*, *ex quorum depositione iurata satis constare possit*, *quid defunctus ad heredem dixerit ? Sane si ex regulis ordinariis iuris res foret aestimanda*, *ordinarie ad iuramentum alias non recurrendum*, *quoties copia testium suppetit. Ast enim vero cum totam validitatem huius fideicommissi imperator in eo collo-*

cet, quod testator heredis fidem elegerit, ita ut ipsemet veritatem dicere compellatur, non aliud medium probandi quam iuramentum superest, quod satis clare ipse imperator his expressit verbis: Sed sive quinque sint testes sive minores vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum, vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem. *Deinceps hanc quoque subiungit rationem diversitatis, se alias videantur codicilli ex testium depositione valere, qui tamen demum ex confessione heredum valere debent*. *Vid Philippi* in usu pract. inst. lib. 2. tit. 23. §. ult. ecloga 103. n. 5. (a).

§. VIII.

Codicilli oblati valent absque testibus.

Cum *vero etiam saepius testamenta absque testium numero ordinario subsistere possint, hinc etiam non dubium, quin etiam in eiusmodi casibus codicilli absque testibus valeant. Huc itaque pertinent, si codicilli principi oblati fuerint. Superfluum enim dicitur esse privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant*; l. 31. C. de donat. *Equidem ex* l. 19. C. de testament. *urgeri in contrarium posset, ad minimum duos testes esse necessarios, cum diserte testator ibidem asserat*: Nec institutus heres (*vel legatarius in codicillis nominatus*) pertimescat; cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. *Hic ergo oblatio testamenti idoneis testibus probanda dicitur, cum in hac potissima vis testamenti simul consistat; et inde copiam duorum testium desiderat Bartolus* ad cit. leg. *Verum hanc non esse mentem imperatoris facile constat: cum tantum verba illa casum*

(a) Vide quae monuimus cit. disput. consect. §. ult. num. 3.

praesupponant; *ubi dubium esse potest*, an preces secundum voluntatem defuncti fuerint oblatae. *At vero huiusmodi dubium tunc demum nasci potest, si non ipse defunctus, sed alius nomine eius preces obtulit principi. Exinde forsan heres pertimescere posset, si ei dubium moveretur, atque hoc in casu recte secundum voluntatem defuncti preces fuisse oblatas, utique testibus probandum est;vid. Tabor.* de testam. princ. obl. c. 2. n. 15. *nam et voluntates ultimas per procuratorem principi offerri posse, egregie evicit ill. dn. Stryk.* de cautel. testam. c. 8. *Unde plerique etiam nullum testium numerum requirunt; dn. Stryk.* cit. tr. c. 7. §. 16 *Meu* ad ius Lubec. p. 2. art. 2. tit. 1. num. 72. *Carpz.* p. 3. cap. 3. def. 11. *Fachin.* lib.16. cont.86. *Brunnem.* ad cit. leg.19. *Vel etiam posset dubium incidere, an non codicilli demum post mortem testatoris essent principi oblati, quo casu valere non possent; dn. Stryk.* de cautel. testam. c. 7. §. 15. *ideoque hoc casu ex accidenti opus esset testibus, ad demonstrandam oblationem codicillorum vivente adhuc testatore, et quidem secundum eius voluntatem esse factam* (a).

§. IX.

Iudicialiter facti codicilli valent absque testibus

Idem *nunc observandum est, si codicilli iudicialiter apud acta fiant, sive in scriptis sive nuncupative fiant, nam tunc valent ob solam auctoritatem iudicialem nullis testibus adhibitis; Carpz.* p. 3. c. 4. def. 32. num. 4. et

---

(a) In testationibus privilegiariis praesertim quantum ad voluntatis probationem idem dicitur de codicillis, iure cautum est de testamentis, ut frustra Boehmerus de huiusmodi codicillis sermonem instituat, quasi a testamentorum ratione differreut. Vide quae dicta sunt cit. disput. consect. §. ult. n. 1. et 2.

def. 35. num. ult. *Quod enim in testamentis iuris est, illud multo magis ad codicillos applicari potest, quippe qui ordinaria solemnia testamentorum ne quidem desiderant. Quod si itaque testator scribere potest, sufficiet, si vel ipse codicillos scribat, vel subscribat, et ita iudici offerat. Ceterum si scribere nequeat, ordinarie quidem exigunt, ut tam testamentum quam codicilli a iudice testatori praelegantur; Carpz.* p. 2. decis. 149. *dn. Stryk.* de cautel. testam. cap. 7. §. 31. *quod etiam late probavit dn. Praeses* dissert. de testam. non praelecto, *quo casu itidem testes non sunt necessarii, verum si quis forsan iustas habeat rationes, propter quas praelectionem in iudicio faciendam perhorrescat, tunc ad minimum intra privatos parietes, coram duobus testibus talis praelectio facienda est, eadem ratione, prout in fine* cap. anteced. *dictum est. Sic enim de voluntatis certitudine nullum amplius superest dubium, propter quam unice iudicialis praelectio requiritur. Ut vero haec oblatio iudici, adhibitis duobus testibus fiat, id quod exigit Antonius Faber in* Cod. lib. 6. tit. 5. def. 26. *minus necessarium est, cum acta iudicialia omnem defectum testium suppleant, et praeterea leges hoc nullibi exigant. Vid. Mynsinger.* cent. 6. observ. 29. num. 5.

§. X.

Codicilli militares absque testibus valent.

Porro *codicillos militum in expeditione constitutorum absque testibus valere nullum habet dubium, cum etiam testamenta eorum absque omnibus testibus valeant, modo de voluntate constet. Equidem adhuc dubitari posset, an inter codicillos et testamentum militare realis differentia ostendi possit, cum alias heredis institutio haec duo inter se distinguat, plures autem reperiantur, qui heredis institutionem in testamentis militaribus minus necessariam esse velint, eo quod institutio haec ex iure civi-*

li sit, *qualia quae sunt militibus remissa videntur*; pr. I. demilit. testam. *et sola tantummodo voluntas militis pro testamento habenda est*; *l.* 34 §. 2. ff. de testam. milit. *Ioh. Philippi* in observat. ad noviss. decis. elect. Sax. decis. observ. 46. n. 1. *Donell.* lib. 6. comment. iur. civil. c. 11 *Fincheltháus* obs. 14. qu. 1. *ubi in specie disquirit de testamento tempore pestis condito*, *et late probat heredis institutionem ibidem non esse necessariam*, *quae tamen argumenta etiam ad testamentum militare quadrant*, *quin quod* num. 9. *ipse argumentum exinde deducat*, *et militis testamentum heredis institutionem non requirere doceat. Quae si vera sunt*, *Domitiana quaestio est*, *an testes in codicillis militaribus sint necessarii*, *quia plane ita nulla esset differentia statuenda. Verum recte contrarium statuit dn. Harprecht.* de testam. pag. in hostic. confect. th. 75. num. 9. *cum solemnia quidem militibus remissa sint*, *neutiquam vero essentialia. Et aliud est*, *an solemnis heredis institutio necessaria sit*; *quod negatur. Et aliud*, *an non aliqua declaratio heredis requiratur*, *ut dispositio possit dici testamentum. Nam testamentum per hoc dicitur testamentum*, *quod heredis futuri declarationem contineat. Ceterum si schedulam quamdam miles in expeditione reliquerit*, *absque designatione heredis*, *magis pro codicillis militaribus habenda erit.*

§. XI.

Ne quidem testes requiruntur, *si codicilli in castris fiant.*

Ut ut *vero de iure romano certum sit*, *in testamento militari nullos requiri testes*, *sive in conflictu*, *sive in castris conditum fuerit*, *sed sufficere*, *si qualicumque scriptura voluntas defuncti probetur*, l. 24. pr. l. 40. pr. ff. de testam. milit. l. 15. cod. eod. *Richter.* dec. 38. num. 7. *dn. Stryk.* de caut. testam. c. 9. §. 13. *ut adeoque recipi non possit sententia* collegii iur. Arg.

tit. de milit. testam. *existimantis, ad minimum duos testes esse necessarios, tamen in* ordin. Maximil. de anno 1512. rubr. de testamentis §. et debent, *hoc tantum restrictum est ad milites in conflictu existentes, ceteris, qui in castris positi sunt, necessitas imposita est, ad minimum adhibendi duos testes per verba* : vel equitum, qui in castris esset, et in acie, tum remittitur testium numerus usque ad duo; *Carpz.* p. 3. c. 4. def. 26. *Hinc quaestio exurgit : an haec distinctio etiam ad codicillos pertineat, ita ut miles in castris per codicillos disponens ad minimum duos testes adhibere debeat? Quod affirmandum esse videtur ex hisce rationibus* (1) *quod Maximilianus in* eodem §. *etiam de codicillis disponat, et sic quoque utrumque casum sub sua nova dispositione complecti voluisse videtur*; (2) *quod hic quoque eadem ratio adesse videatur, cum etiam hic cesset praesens periculum, et quod facillime in castris duo testes reperiri queant*; *Carpz.* cit. l. n. 8. (3) *quod alias plerumque argumentum a testamentis ad codicillos valeat. Verum quemadmodum expeditum est, de iure communi nec in testamento, nec in codicillis militum in expeditione constitutorum testes requiri, sed per* dict. Recess. *in testamentis militaribus novi quid constitutum esse, ita tamdiu in dispositione iuris romani subsistendum esse censeo, donec etiam in codicillis haec correctio doceatur. Haec vero nec ex* cit. *R. colligitur, quippe qui tantum de testamentis militum loquitur, et codicillos a testamento clare distinguit, nec ratione solemnium valet argumentum a testamentis ad codicillos, cum utraque dispositio propria sua requisita habeat, nec ordinarie idem numerus testium in codicillis necessarius sit, qui in testamentis requiritur. Suppono autem clare constare de voluntate codicillos scribentis, ex scriptura ipsa, nam alioquin ad eam probandam aliquando ex accidenti testes erant necessarii. Et quidem tales codicilli militares per se subsistunt, nec ex testamento antecedente vires suas sortiuntur, adeoque illo vel maxime*

concurrente (forsan quod extra expeditionem conditum fuerit, et defectu quodam laboret) tamen codicilli militares subsistunt; l. 8. §. 4. ff. de iure codicill.

§. XII.

Vel si paganus in hostico codicillos fecerit ?

In *codicillis a pagano in hostico confectis itidem omnia solemnia remissa sunt, neque testium numerus desideratur. Ut ut enim* in; l. fin. ff. de testam. milit. et in l. un. ff. de B. P. ex test. milit. *tantum mentio testamentorum fieri videatur, tamen ad codicillos dispositio iuris omnino quoque pertinebit. Unde si paganus in hostico constitutus tantum legata relinqueret, nullum scribendo heredem, dispositionem talem per modum codicillorum valere ait dn. Harprecht* de testam. pagan. in hostic. confect. th. 57. n. 12. *Ceterum ut tales codicilli absque omnibus subsistant testibus, necessarium est* (1) *ut paganus, quicunque demum fuerit, modo alias testamenti factionem habeat, fuerit in hostico tempore eo, quo codicillos scribit, constitutus, h. e. vel in ipso conflictu, vel in procinctu ad confligendum cum hoste, neque enim qui in castris versantur, idem privilegium concessum est, Carpz.* p. 3. c. 4. de f. 14. (2) *ut etiam in hostico decesserit. Quodsi enim periculum praesens evadat, iam satis commodum solenne testamentum condendi occasionem habet. Ad dubia, quae hic moveri possent, respondet dn. Harprecht* cit. l. th. 39. *quo ipso satis manifesta deprehenditur differentia codicillorum militarium, et paganorum, in hostico tamen confectorum.*

§. XIII.

Codicilli tempore pestis conditi an testes requirant?

Ceterum *gravior quaestio est, an codicilli tempore pestis scripti, testes desiderent? Hoc satis expeditum est, testamenta tempore pestis condita de consuetudine Germaniae coram duobus testibus confecta subsistere, ut ut in iure civili de septenario testium numero nihil remissum sit; Myns.* cent.5. obs. 96. *Gail.* 2. obs. 118. num. 18 *dn. Stryk.* de caut. testam. c. 11 §. 3. *Cum itaque vel duo testes hodie in testamentis tempore pestis conditi sufficiant, pauciores autem testes ordinarie in codicillis quam in testamentis requirantur, dicendum videtur, in eiusmodi codicillis nullos testes esse necessarios. Verum ab hac sententia communiter dd. recedunt, atque in codicillis hisce quoque duos testes necessarios esse statuunt Carpz.* p. 3. c. 4. def. 3. 13. *Berlich.* p. 4. concl. 2. num. 14. seqq. *Hahn. ad Uvesenb.* tit. de m. c. donat. n. 6. *tum quod codicilli quoque sub generali denominatione testamentorum veniant; Carpz.* cit. l. num. 3. *tum etiam quod hic inter codicillos et testamenta perpetua proportio non habeat locum. Verum Carpzovius non satis hac in re sibi constat. Existimat duos testes de iure gentium ad omnem ultimam voluntatem pertinere, nec de hoc numero quid remitti posse, cum ad probationem hi testes spectent; conf. Carpz.* cit. l. def. 13. et lib. 6. resp. 13. n. 10. 11, *quo posito testes non sunt necessarii, quando scilicet nulla probatione per testes opus est, quippe quae alias ex scriptura haberi potest. Et tamen deinceps in fine* def. 3. cit. *subiungit, se concedere, patrem inter liberos pestis tempore sola scriptura absque testibus codicillos condere posse, quo ipso sane rursus revocat, quod antea dixerat, scil. testes de iure gentium in disposi-*

tionibus ultimis requiri; si enim per se requirerentur, nec in patris testamento abesse possent, in quo, quae iura gentium sunt, haud remissa sunt. Itaque praedictae rationes non stringunt, sed aut nulli testes erunt necessarii, aut si sunt necessarii, alia sunt substituenda fundamenta. Haec vero eum deficiant, in priori subsistendum est ratione, quod, ubi constet de voluntate codicillantis, testes non necessarii sint.

§. XIV.

Quando pater per codicillos disponit inter liberos, testes non requiruntur.

Quando *porro pater disponit inter liberos per codicillos, nullos tunc testes esse necessarios, concedunt dd. cum nec in testamento huiusmodi necessarii sint, Carpz.* p. 3. C. 4. def. 3. n. 10. et def. 17. *nec in divisione paterna*, l. f. C. fam. herclsc. *sed sufficiat, si de voluntate patris constet.*; *Carpz.* cit. l. def. 22. *Hoc tamen tantum intelligendum de casu, si inter solos liberos pater disposuit. Quodsi enim extraneae personae in huiusmodi codicillis quid esset relictum, testium copia quoad subsistentiam legati vel fideicommissi extraneo relicti desideratur in* Nov. 107. c. 1. *et cum numerus testium in iure non determinatus sit verbis expressis, vel duos sufficere existimant Carpz.* cit. l. def. 20. *Richter* decis. 29. num. 88. *et hoc quidem arg.* l. 12. ff. de testibus. *Verum haec sententia dubia vel inde est, quod hic testes non ad solam probationem, sed potius ad solennitatem a legibus requisitam requirantur, et quod potius pro substrata materia testium numerus determinandus sit. Scilicet respectu extranei codicilli sua ordinaria requisita habere debent, et sic potius quinque requiruntur, si antea testamento confirmati haud fuerint, ill. dn. Stryk.* de caut. testam. c. 10. et 24.

§. XV.

Codicilli in favorem piarum causarum facti testes non requirunt.

Denique *codicillos, quibus piis causis provisum est, testes nullos requirere, constanter asserimus. Licet enim non desint, qui nullum legatum piis causis relictum absque duobus testibus subsistere statuant, quod pontifex in* c. 11. X. de testam. *duorum vel trium testium mentionem faciat; Fachin.* lib. 4. contr. c. 3. *Finckelthaus* obs. 78. qu. 2. *Carpz.* p. 3. c. 4. def. 33. n. 8. *Goswin ab Esbach* ad Carpz. c. l. num. 8. *tamen pluribus iam contrarium ostensum est ab ill. dn. Strykio* de caut. test. c. 12. §. 6. *cum non possit ostendi, pontificem sub praecisa necessitate, duorum vel trium testium praesentiam requisivisse, sed tantum ad nudam certitudinem voluntatis seu probationem, quae supervacua est, quoties alias de voluntate testatoris constat. Hoc ipsum satis indicat raro subiecta in* cit. text. *dum pontifex provocat ad vulgatum illud iuris divini:* in ore duorum aut trium testium omnis veritas consistet, *quod assertum ad solam probationem respicit. Plura superaddere desisto, qui solum casus referre studui, quibus codicilli absque testibus subsistere possunt, id quod ea, qua fieri potuit, brevitate et perspicuitate, me executum esse confido. DEO interim sit laus, et gloria.*

FINIS.

IMPRIMATUR

Si videbitur reverendiss. p. Mag. sacri palatii apostolic i

F. M. De Rubeis Patr. Const. Vicesg.

Optandum *quod maxime erat, ut perpetuo commentario explicaretur, qualis origo, quae solemnitas, et quanta prius, ac porro fuerit codicillorum auctoritas, sive prudentum spectentur responsa, principumque constitutiones, sive pragmaticorum perscrutentur submissae in foro interpretationes (vix enim aliquibus rite pauca et dispertita, plura aliis sine delectu, et inconsulto exciderunt), id tandem in hoc opusculo* de veteri ac novo iure codicillorum cl. v. Emanuelis Duni *concinne, et pro dignitate exaratum deprehenditur : nam eo ordine, ea sermonis elegantia, atque ea iuris scientia rem pertractandam, expoliendam, vindicandamque suscepit auctor summi ingenii et eruditionis, ut antecessores omnes praecessisse videatur, reliquisse neminem, qui diligentiorem se exhibeat interpretem. Elegantissimum itaque opusculum, in quo nihil offenditur aequo censore dignum, imo quod est rei publicae utilissimum pro recto iure dicundo, interpretandove, debet, quo poterit citius, in lucem prodire ; quemadmodum censeo etiam atque etiam, si id ipsum probet, cuius summa est imperandi potestas.*

Caietanus Centimmanus in Romana Curia Adv.

INDEX

RERUM AC VERBORUM

VOLUMINIS V.

A

BASILICORUM LIBRI

BOEHMERUS

BYNKERSHOEKIUS

C

CASTRENSIS PAULUS

CAUDEX

CAUTIONES

CHIROGRAPHA

CLAUSULA CODICILLARIS

CODEX

CODICES

CODICILLI

H

IURIS REGULAE DE CODICILLIS

IURIS RESTAURATIO

IUS ET FACTUM

IUS CODICILLORUM

IUSTINIANUS

L

LABEO

LEGATUM

S

SALUTATIO

S. C.

SCAEVOLA

SCHEDULA

SCRIPTURA

SERVIUS SULPICIUS

SEVERUS ET ANTONINUS

SIGNATORES

SOLEMNIA

SULPICIUS SERVIUS

T

TABELLA

TABULA

TESTAMENTUM

TESTATOR ET TESTATIO

TESTES

THEODOSIUS

THEODOSIUS MAGNUS

TRIBONIANUS

TREBATIUS

U

ULPIANUS

V